بداية المجتهد ونهاية المقتصد

لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الحفيد
ت ٥٩٥ هـ

حققه وضبطه وعلق عليه
د. علي بن محمد بن ونيس
ومعه فريق من الباحثين

المجلد الخامس

من كتاب الإجارات إلى كتاب القصاص والديات

دار ابن الجوزي

بداية المجتهد
ونهاية المقتصد

٥

ح دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ١٤٤٢هـ
فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
الحفيد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي
بداية المجتهد ونهاية المقتصد./ محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الحفيد؛ علي بن محمد بن ونيس.- الدمام، ١٤٤٢هـ
٦مج.
ردمك: ٢ ـ ٨٦ ـ ٨٢٩٨ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨ (مجموعة)
ردمك: ٦ ـ ٩١ ـ ٨٢٩٨ ـ ٦٠٣ ـ ٩٧٨ (ج٥)
١ ـ الفقه الإسلامي ـ مذاهب أ. ابن ونيس، علي بن محمد (محقق) ب. العنوان
ديوي ٢٥٨ ١٤٤٢/٥٠١١

دار ابن الجوزي
للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية:
الدمام - حي الريان - شارع عثمان بن عفان
ت: ٠١٣٨٤٢٨١٤٦ - ٠١٣٨٤٦٧٥٩٣
٠١٣٨٤١٢١٠٠
ص ب. واصل: ٨١١٤
الرمز البريدي: ٣٢٢٥٦
الرقم الإضافي: ٤٩٧٣
الرياض - ت: ٠٥٩٢٦٦٢٤٩٥
جوّال: ٠٥٠٣٨٥٧٩٨٨
الأحساء - ت: ٠١٣٥٨٨٣١٢٢
جدة - ت: ٠١٢٦٨١٤٥١٩
جوّال: ٠٥٨٣٠١٧٩٥١

لبنان:
بيروت - ت: ٠٣/٨٦٩٦٠٠
فاكس: ٠١/٦٤١٨٠١

مصر:
القاهرة - تلفاكس: ٠٢٤٤٣٤٤٩٧٠
جوّال: ٠١٠٠٦٨٢٣٧٣٨٨

aljawzi@hotmail.com
+966503897671
aljawzi
eljawzi
aljawzi.net

الطبعة الأولى
١٤٤٣هـ

الباركود الدولي: 9786038298862

بداية المجتهد

ونهاية المقتصد

لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الحفيد

ت ٥٩٥ هـ

حققه وضبطه وعلق عليه

د. علي بن محمد بن ونيس

ومعه فريق من العلماء والباحثين

المجلد الخامس

الإجارات - الجعل - القراض - المساقاة - الشركة - الشفعة - القسمة - الرهون - الحجر - التفليس
الصلح - الكفالة - الحوالة - الوكالة - اللقطة - الوديعة - العارية - الغصب - الاستحقاق - الهبات
الوصايا - الفرائض - العتق - الكتابة - التدبير - أمهات الأولاد - الجنايات - القصاص والديات

فقرة (٢١٧٤ - ٢٦٢٩)

دار ابن الجوزي

بسم الله الرحمن الرحيم

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)(١)

كِتَابُ الْإِجَارَاتِ(٢)

[م/ ٢١٩ب] وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْكِتَابِ شَبِيهٌ بِالنَّظَرِ فِي الْبُيُوعِ.

أَعْنِي: أَنَّ أُصُولَهُ تَنْحَصِرُ بِالنَّظَرِ فِي:

أَنْوَاعِهَا، وَفِي شُرُوطِ الصِّحَّةِ فِيهَا، وَالْفَسَادِ، وَفِي أَحْكَامِهَا ـ وَذَلِكَ فِي نَوْعٍ نَوْعٍ مِنْهَا ـ أَعْنِي: فِيمَا يَخُصُّ نَوْعًا نَوْعًا مِنْهَا، وَفِيمَا يَعُمُّ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهَا.

فَهَذَا الْكِتَابُ يَنْقَسِمُ أَوَّلًا إِلَى قِسْمَيْنِ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: فِي أَنْوَاعِهَا وَشُرُوطِ الصِّحَّةِ، وَالْفَسَادِ.

وَالثَّانِي: فِي مَعْرِفَةِ أَحْكَامِ الْإِجَارَاتِ.

وَهَذَا كُلُّهُ بَعْدَ قِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَى جَوَازِهَا.

فَلْنَذْكُرْ أَوَّلًا مَا فِي ذَلِكَ مِنَ الْخِلَافِ، ثُمَّ نَصِيرُ إِلَى ذِكْرِ مَا فِي ذَيْنِكَ الْقِسْمَيْنِ مِنَ الْمَسَائِلِ الْمَشْهُورَةِ؛ إِذْ كَانَ قَصْدُنَا إِنَّمَا هُوَ ذِكْرُ الْمَسَائِلِ الَّتِي تَجْرِي مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ مَجْرَى الْأُمَّهَاتِ، وَهِيَ الَّتِي اشْتُهِرَ فِيهَا الْخِلَافُ بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ؛ فَنَقُولُ(٣):

٢١٧٤ إِنَّ الْإِجَارَةَ جَائِزَةٌ عِنْدَ **جَمِيعِ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ**، وَالصَّدْرِ الْأَوَّلِ(٤).

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٢) هذا الكتاب متأخر في النسخة (م)، وقد سرنا في ترتيب الكتب على بقية النسخ.
(٣) من (م).
(٤) حكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٤٤)، وابنُ هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٣٢)، وابنُ قُدامةَ في «المغني» (٦/٨)، وابن عَرَفة ـ كما في «مواهب الجليل» (٥/ ٣٩٠)، والعمراني في «البيان» (٧/ ٢٨٥)، وابن العراقي في «طرح التثريب» (٦/ ١٧٧).

وَحُكِيَ عَنِ الْأَصَمِّ(١)، وَابْنِ عُلَيَّةَ(٢) مَنْعُهَا.

وَدَلِيلُ الْجُمْهُورِ:

قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص: ٢٧] الْآيَةَ، وَقَوْلُهُ: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

وَمِنَ السُّنَّةِ الثَّابِتَةِ:

مَا خَرَّجَهُ الْبُخَارِيُّ(٣)، عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: «اسْتَأْجَرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ رَجُلًا مِنْ بَنِي الدِّيلِ هَادِيًا خِرِّيتًا(٤) وَهُوَ عَلَى دِينِ كُفَّارِ قُرَيْشٍ، [أ/ ٣٨٧ظ] فَدَفَعَا إِلَيْهِ رَاحِلَتَيْهِمَا، وَوَاعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ لَيَالٍ بِرَاحِلَتَيْهِمَا».

وَحَدِيثُ جَابِرٍ: «أَنَّهُ بَاعَ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ بَعِيرًا، وَشَرَطَ ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ»(٥).

وَمَا جَازَ اسْتِيفَاؤُهُ بِالشَّرْطِ جَازَ اسْتِيفَاؤُهُ بِالْأَجْرِ.

وَشُبْهَةُ مَنْ مَنَعَ ذَلِكَ: أَنَّ الْمُعَاوَضَاتِ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ فِيهَا تَسْلِيمُ الثَّمَنِ بِتَسْلِيمِ الْعَيْنِ كَالْحَالِ فِي الْأَعْيَانِ الْمَحْسُوسَةِ، وَالْمَنَافِعُ فِي وَقْتِ الْعَقْدِ مَعْدُومَةٌ، فَكَانَ ذَلِكَ غَرَرًا وَمِنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُخْلَقْ.

وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّهَا ـ وَإِنْ كَانَتْ مَعْدُومَةً فِي حَالِ الْعَقْدِ؛ فَهِيَ مُسْتَوْفَاةٌ فِي الْغَالِبِ، وَالشَّرْعُ إِنَّمَا يُجَوِّزُ(٦) مِمَا لَيْسَ يُسْتَوْفَى فِي الْغَالِبِ، أَوْ يَكُونُ اسْتِيفَاؤُهُ وَعَدَمُ اسْتِيفَائِهِ عَلَى السَّوَاءِ.

---

(١) «أحكام القرآن»، لابن العربي (٣/ ٤٩٤)، «المغني» (٨/ ٦).

(٢) «أحكام القرآن»، لابن العربي (٣/ ٤٩٤)، «المغني» (٨/ ٦).
واستدلَّا بدليل عقلي، وهو: أن الإجارة بيع المنفعة، والمنافع حال العقد معدومة، والمعدوم لا يجوز إيقاع العقد عليه؛ إذ هو غرر، وأكل للمال بالباطل. «بدائع الصنائع» (٤/ ١٧٣).

(٣) (برقم: ٢٢٦٣).

(٤) في (ب): «حربيًّا».

(٥) أخرجه البخاريُّ (٢٢٦٤).

(٦) مكانها بياض في (م).

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ[(١)]

وَهَذَا الْقِسْمُ النَّظَرُ فِيهِ فِي جِنْسِ الثَّمَنِ، وَجِنْسِ الْمَنْفَعَةِ الَّتِي تَكُونُ مُقَابِلًا لَهُ، وَصِفَتِهَا.

فَأَمَّا الثَّمَنُ: فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي بَابِ الْبُيُوعِ.

وَأَمَّا الْمَنْفَعَةُ: فَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ مِنْ جِنْسِ مَا لَمْ يَنْهَ الشَّرْعُ عَنْهُ.

وَفِي كُلِّ هَذِهِ مَسَائِلُ اتَّفَقُوا عَلَيْهَا وَاخْتَلَفُوا فِيهَا:

٢١٧٥ فَمما **اجْتَمَعُوا**[(٢)] عَلَى إِبْطَالِ إِجَارَتِهِ: كُلُّ مَنْفَعَةٍ كَانَتْ لِشَيْءٍ[(٣)] مُحَرَّمِ الْعَيْنِ[(٤)(٥)]، وَكَذَلِكَ كَلُّ مَنْفَعَةٍ [ب/٣٣٨ظ] كَانَتْ فَرْضَ عَيْنٍ عَلَى الْإِنْسَانِ بِالشَّرْعِ مِثْلُ الصَّلَاةِ، وَغَيْرِهَا.

٢١٧٦ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى إِجَارَةِ الدُّورِ وَالدَّوَابِّ وَالنَّاسِ عَلَى الْأَفْعَالِ الْمُبَاحَةِ، وَكَذَلِكَ الثِّيَابُ وَالْبُسُطُ[(٦)(٧)].

٢١٧٧ **وَاخْتَلَفُوا** فِي إِجَارَةِ الْأَرَضِينَ، وَفِي إِجَارَةِ الْمِيَاهِ، (وَفِي إِجَارَةِ الْمُؤَذِّنِ)[(٨)]، وَفِي الْإِجَارَاتِ[(٩)] عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ، وَفِي إِجَارَةِ نَزْوِ الْفُحُولِ.

---

(١) في (أ): «الثاني».
(٢) في (م): «أجمعوا».
(٣) في (م): «بشيء».
(٤) حكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٤٦)، وفي «الإشراف» (٦/ ٣١٧)، وابن قدامة في «المغني» (٨/ ١٤١)، والعيني في «عمدة القاري» (٢١/ ٩).
(٥) زاد في المطبوع: «كذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع، مثل أجر النوائح، وأجر المغنيات». اهـ.
(٦) مكانها بياض في (م).
(٧) حكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٤٥)، وفي «الإشراف» (٦/ ٣١٧)، وابن القطان في «الإقناع» (٣/ ١٥٦٧)، وابن قدامة في «المغني» (٨/ ٢٣).
(٨) ما بين القوسين من (م).
(٩) في (م): «إجارة».

فَأَمَّا كِرَاءُ الْأَرَضِينَ:

٢١٧٨ **فَاخْتَلَفُوا** فِيهَا اخْتِلَافًا كَثِيرًا:

فَقَوْمٌ لَمْ يُجِيزُوا ذَلِكَ بَتَّةً، وَهُمُ الْأَقَلُّ.

وَبِهِ قَالَ طَاوُسٌ[(١)] وَأَبُو بَكْرِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَٰنِ[(٢)].

وَقَالَ الْجُمْهُورُ: يَجُوزُ ذَلِكَ[(٣)].

٢١٧٩ **وَاخْتَلَفَ هَؤُلَاءِ** فِيمَا يَجُوزُ بِهِ كِرَاؤُهَا:

فَقَالَ قَوْمٌ: لَا يَجُوزُ كِرَاؤُهَا إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ فَقَطْ.

وَهُوَ مَذْهَبُ رَبِيعَةَ[(٤)]، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ[(٥)].

وَقَالَ قَوْمٌ: يَجُوزُ كِرَاءُ الْأَرْضِ بِكُلِّ شَيْءٍ، مَا عَدَا الطَّعَامَ، وَسَوَاءٌ كَانَ (ذَلِكَ الطَّعَام)[(٦)] الْخَارِجِ مِنْهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَمَا عَدَا مَا يَنْبُتُ فِيهَا كَانَ طَعَامًا[(٧)]، أَوْ غَيْرَهُ، وَإِلَى هَذَا ذَهَبَ مَالِكٌ[(٨)]، وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ.

وَقَالَ آخَرُونَ: يَجُوزُ كِرَاءُ الْأَرْضِ بِمَا عَدَا الطَّعَامَ فَقَطْ[(٩)]

وَقَالَ آخَرُونَ: يَجُوزُ كِرَاءُ الْأَرْضِ بِكُلِّ الْعُرُوضِ وَالطَّعَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، مَا لَمْ يَكُنْ بِجُزْءٍ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنَ الطَّعَامِ.

---

(١) «التمهيد» (٣/ ٣٦).

(٢) هو المعروف بابن كيسان الأصم. ينظر: «التمهيد» (٣/ ٣٦).

(٣) «بدائع الصنائع» (٦/ ١٧٥)، «البحر الرائق» (٨/ ١٨١)، «المبسوط» (٢٣/ ٢، ٣)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٢٧٨)، «شرح معاني الآثار» (٤/ ١١٦)، «المدونة» (٤/ ٥٤٣)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٣)، «الكافي»، لابن عبد البر (ص٣٨٠)، «الخرشي» (٧/ ٧)، «مواهب الجليل» (٥/ ٤٠٢)، «الذخيرة» (٥/ ٣٩٢)، «المنتقى» (٥/ ١٣٣)، «التاج والإكليل» (٥/ ٤٠١، ٤٠٢)، «الأم» (٣/ ٢٣٩)، «شرح النووي على صحيح مسلم» (١٠/ ١٩٨، ١٩٩)، «المبدع» (٤/ ١٣٩)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٨).

(٤) «التمهيد» (٣/ ٣٦).

(٥) «التمهيد» (٣/ ٣٦).

(٦) في (م): «بالطعام».

(٧) «التمهيد» (٣/ ٣٦).

(٨) «مواهب الجليل» (٥/ ٤٠٢)، «الذخيرة» (٥/ ٣٩٢).

(٩) «التمهيد» (٣/ ٣٦).

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ: سَالِمُ بْنُ عَبْدِ اللهِ[١]، [أ/٣٨٨و] وَغَيْرُهُ مِنَ الْمُتَقَدِّمِينَ.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ[٢]، وَظَاهِرُ قَوْلِ مَالِكٍ فِي «الْمُوَطَّأِ»[٣].

وَقَالَ قَوْمٌ: [م/٢٢٠و] يَجُوزُ كِرَاؤُهَا بِكُلِّ شَيْءٍ وَبِجُزْءٍ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا.

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ[٤]، وَالثَّوْرِيُّ[٥]، وَاللَّيْثُ[٦]، وَأَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ صَاحِبَا أَبِي حَنِيفَةَ[٧]، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى[٨]، وَالْأَوْزَاعِيُّ[٩]، وَجَمَاعَةٌ[١٠].

وَعُمْدَةُ مَنْ لَمْ يُجِزْ كِرَاءَهَا: مَا رَوَاهُ مَالِكٌ[١١] بِسَنَدِهِ، عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ».

قَالُوا: وَهَذَا عَامٌّ.

وَهَؤُلَاءِ لَمْ يَلْتَفِتُوا إِلَى مَا رَوَاه مَالِكٌ[١٢]، مِنْ تَخْصِيصِ الرَّاوِي لَهُ، حِينَ رَوَى عَنْهُ، قَالَ حَنْظَلَةُ: فَسَأَلْتُ رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ، عَنْ كِرَائِهَا بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ.

وَرُوِيَ هَذَا عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ[١٣]

وَأُخِذَ بِعُمُومِهِ.

وَكَانَ (ابْنُ عُمَرَ[١٤])[١٥] قبلُ - يُكْرِي أَرْضَهُ فَتَرَكَ ذَلِكَ.

---

(١) «التمهيد» (٣/ ٣٦).
(٢) الأم (٣/ ٢٣٩).
(٣) «الموطأ» (٢/ ٢١٥).
(٤) «المبدع» (٤/ ١٣٩)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٦٨).
(٥) «الاستذكار» (٧/ ٦٣).
(٦) «الاستذكار» (٧/ ٦٣).
(٧) «بدائع الصنائع» (٦/ ١٧٥)، «البحر الرائق» (٨/ ١٨١)، «المبسوط» (٢٣/ ٢، ٣).
(٨) «الاستذكار» (٧/ ٦٣).
(٩) «الاستذكار» (٧/ ٦٤).
(١٠) «الاستذكار» (٧/ ٦٤).
(١١) «الموطأ» (٢٠٧٣)، وأخرجه البخاري (٤٠١٢)، ومسلم (١٥٤٧).
(١٢) في «الموطأ» (٧٧٩ رواية محمد بن الحسن).
(١٣) «الاستذكار» (٧/ ٦٤).
(١٤) «الاستذكار» (٧/ ٦٤).
(١٥) ليست في (م).

وَهَذَا بِنَاءً عَلَى رَأْيِ مَنْ يَرَى أَنَّهُ لَا يُخَصّ الْعُمُومُ بِقَوْلِ الرَّاوِي.

وَرُوِيَ، (عَنِ ابنِ رَافِعِ بنِ خَدِيجٍ، عَنْ أَبِيهِ)[١] أَنَّهُ قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ إِجَارَةِ الْأَرْضِ»[٢].

قَالَ أَبُو عُمَرَ بْنُ عَبْدِ الْبَرِّ[٣]: وَاحْتَجُّوا أَيْضًا بِحَدِيثِ ضَمْرَةَ (بْنِ رَبِيعَةَ)[٤]، عَنِ ابْنِ[٥] شَوْذَبٍ، عَنْ مَطَرٍ[٦]، عَنْ عَطَاءٍ، عَنْ جَابِرٍ قَالَ: خَطَبَنَا رَسُولُ اللهِ ﷺ [ب/٣٣٩و] فَقَالَ: **«مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا، أَوْ لِيُزْرِعْهَا، وَلَا يُؤَاجِرْهَا»**.

فَهَذِهِ هِيَ جُمْلَةُ الْأَحَادِيثِ الَّتِي تَمَسَّكَ بِهَا مَنْ لَمْ يُجِزْ كِرَاءَ الْأَرْضِ.

وَقَالُوا أَيْضًا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى: إِنَّهُ لَمْ يَجُزْ كِرَاؤُهَا لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الْغَرَرِ؛ لِأَنَّهُ ممْكِنٌ أَنْ يُصِيبَ الزَّرْعَ جَائِحَةٌ: مِنْ نَارٍ أَوْ قَحْطٍ أَوْ غَرَقٍ، فَيَكُونُ قَدْ لَزِمَهُ كِرَاؤُهَا، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَنْتَفِعَ مِنْ ذَلِكَ بِشَيْءٍ.

[٢١٧٩/...] قلت: وَيُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ فِي هَذَا: إِنَّ الْمَعْنَى فِي ذَلِكَ قَصْدُ الرِّفْقِ بِالنَّاسِ لِكَثْرَةِ وُجُودِ الْأَرْضِ، كَمَا نُهِيَ عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ، وَوَجْهُ الشَّبَهِ بَيْنَهُمَا أَنَّهُمَا أَصْلَا الْخِلْقَةِ.

وَأَمَّا عُمْدَةُ مَنْ لَمْ يُجِزْ كِرَاءَهَا إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ: فَحَدِيثُ طَارِقِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ

---

(١) في المطبوع: عن رافع بن خديج، عن أبيه! وهو تحريفٌ.

(٢) قال في «الاستذكار» (٧/ ٦١): وروى عبد الكريم ـ يعني الجَزَري ـ عن مجاهد، عن ابن رافع بن خديج، عن أبيه. . . إلخ.
قلت: أخرجه من هذا الطريق: النسائي (٣٨٦٧)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٤/ ١٠٦، والطبراني (٤٣٥٨).

(٣) «الاستذكار» (٧/ ٦٢).

(٤) من (م). أخرجه من هذا الطريق: النسائي (٣٨٧٧)، وابن ماجه (٢٤٥٤).

(٥) في (م): «أبي». وهو تحريفٌ، وهو عبد الله بن شوذب الخراساني.

(٦) وهو ابن طَهْمان ـ الوراق. وجاء في المطبوع: «مطرف». وهو تحريفٌ.

قَالَ: «**إِنَّمَا يَزْرَعُ ثَلَاثَةٌ: رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَهو يَزْرَعُهَا، وَرَجُلٌ مُنِحَ أَرْضًا فَهُوَ يَزْرَعُ مَا مُنِحَ مِنْهَا**[١]**، وَرَجُلٌ اكْتَرَى بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ**»[٢].

قَالُوا: فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُتَعَدَّى مَا فِي هَذَا الْحَدِيثِ.

وَالْأَحَادِيثُ الْأُخَرُ مُطْلَقَةٌ وَهَذَا مُقَيَّدٌ، وَمِنَ الْوَاجِبِ حَمْلُ الْمُطْلَقِ عَلَى الْمُقَيَّدِ.

(وَعُمْدَةُ[٣] مَنْ أَجَازَ [أ/٣٣٨ظ] كِرَاءَهَا بِكُلِّ شَيْءٍ مَا عَدَا الطَّعَامَ، وَسَوَاءٌ أَكَانَ الطَّعَامُ مُدَّخَرًا أَوْ لَمْ يَكُنْ: حَدِيثُ يَعْلَى بْنِ حَكِيمٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا، أَوْ لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ، وَلَا يُكْرِهَا بِثُلُثٍ، وَلَا رُبْعٍ، وَلَا بِطَعَامٍ مُسَمًّى**»[٤][٥].

قَالُوا: وَهَذَا هُوَ مَعْنَى الْمُحَاقَلَةِ الَّتِي نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْهَا، وَذَكَرُوا حَدِيثَ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، مَرْفُوعًا، وَفِيهِ: وَالْمُحَاقَلَةُ اسْتِكْرَاءُ الْأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ[٦].

قَالُوا: وَأَيْضًا - فَإِنَّهُ مِنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ نَسِيئَةً.

وَعُمْدَةُ مَنْ لَمْ يُجِزْ كِرَاءَهَا بِالطَّعَامِ وَلَا بِشَيْءٍ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا:

أَمَّا بِالطَّعَامِ: فَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يُجِزْ كِرَاءَهَا بِالطَّعَامِ.

وَأَمَّا حُجَّتُهُ عَلَى مَنْعِ كِرَائِهَا بِما تَنْبُتُ: فَهُوَ مَا وَرَدَ مِنْ نَهْيِهِ ﷺ عَنِ الْمُخَابَرَةِ.

---

(١) ليست في (م).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٩٣)، والنسائي (٣٨٩٠)، (٧/ ٤٠)، وابن ماجه (٢٤٤٩)، (٤/ ٩٦).
وصحح إسناده ابن حجر في «الفتح» (٥/ ٢٦) ثم قال: «لكن بيَّن النسائي من وجه آخر: أن المرفوع منه: والمزابنة، وأن بقيته مدرجٌ من كلام سعيد بن المسيب، وقد رواه مالك في «الموطأ»، والشافعي عنه عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب قوله».

(٣) من هنا يبدأ خرم في (أ).

(٤) في (أ)، (ب): «معين».

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) أخرجه مالك (٢/ ٦٢٥).

قَالُوا: وَهِيَ كِرَاءُ الْأَرْضِ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهَا.

وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ[(١)] وأَصْحَابِهِ)[(٢)].

وَعُمْدَةُ مَنْ أَجَازَ كِرَاءَهَا بِجَمِيعِ الْعُرُوضِ وَالطَّعَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا: أَنَّهُ كِرَاءُ مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ، فَجَازَ، قِيَاسًا عَلَى إِجَارَةِ سَائِرِ الْمَنَافِعِ، وَكَأَنَّ هَؤُلَاءِ ضَعَّفُوا أَحَادِيثَ رَافِعٍ.

رُوِيَ عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللهِ، وَغَيْرِهِ - فِي حَدِيثِ رَافِعٍ - أَنَّهُمْ قَالُوا: اكْتَرَى رَافِعٌ[(٣)].

قَالُوا: وَقَدْ جَاءَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ عَنْهُ مَا يَجِبُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَيْهَا سَائِرُهَا، قَالَوا: «كُنَّا أَكْثَرَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ حَقْلًا، وَكَانَ أَحَدُنَا يُكْرِي أَرْضَهُ، وَيَقُولُ: هَذِهِ الْقِطْعَةُ لِي وَهَذِهِ لَكَ، وَرُبَّمَا أَخْرَجَتْ [ب/٣٣٩ظ] هَذِهِ وَلَمْ تُخْرِجْ هَذِهِ، فَنَهَاهُمُ النَّبِيُّ ﷺ». خَرَّجَهُ الْبُخَارِيُّ[(٤)].

وَأَمَّا مَنْ لَمْ يُجِزْ [م/٢٢٠ظ] كِرَاءَهَا بِمَا يَخْرُجُ مِنْهَا: فَعُمْدَتُهُ النَّظَرُ وَالْأَثَرُ:

أَمَّا الْأَثَرُ: فَمَا وَرَدَ مِنَ النَّهْيِ عَنِ الْمُخَابَرَةِ[(٥)].

وَمَا رُوِيَ أَيضًا، مِنْ حَدِيثِ رافع بْنِ خَدِيجٍ، عَنْ ظُهَيْرِ بن رَافِعٍ، قَالَ: «نَهَانَا رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ أَمْرٍ كَانَ بِنَا رِفْقًا، قُلْتُ: مَا قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ فَهُوَ حَقٌّ، قَالَ: دَعَانِي رَسُولُ اللهِ ﷺ فَقَالَ: **مَا تَصْنَعُونَ بِمَحَاقِلِكُمْ؟** قُلْت: نُؤَاجِرُ عَلَى الرُّبْعِ، وَعَلَى الْأَوْسُقِ مِنَ التَّمْرِ، وَالشَّعِيرِ، فَقَالَ ﷺ: **لَا تَفْعَلُوا، ازْرَعُوهَا،**

(١) «المدونة» (٤/٥٣٦)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٧٢، ٣٧٣)، «المنتقى»، للباجي (٥/١٤٢).

(٢) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (أ).

(٣) بل ورد عنه ما يقيد الإطلاق، فقد أخرج مسلم (١٥٤٧)، عن حنظلة بن قيس، أنه سأل رافع بن خَدِيج عن كراء الأرض، فقال: «نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض»، قال: فقلت: أبالذهب والورِق؟ فقال: «أما بالذهب والورق فلا بأس به».

(٤) (برقم: ٢٣٣٢).

(٥) البخاري (٢٣٨١).

أَوْ زَارِعُوهَا، أَوْ أَمْسِكُوهَا»[١].

وَهَذَا الْحَدِيثُ اتَّفَقَ عَلَى تَصْحِيحِهِ: الْإِمَامان الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ.

وَأَمَّا مَنْ أَجَازَ كِرَاءَهَا بِمَا يَخْرُجُ مِنْهَا: فَعُمْدَتُهُ حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ الثَّابِتُ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ دَفَعَ إِلَى يَهُودِ خَيْبَرَ نَخْلَ خَيْبَرَ، وَأَرْضَهَا عَلَى أَنْ يُعْمِلُوهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ عَلَى نِصْفِ مَا تُخْرِجُهُ الْأَرْضُ وَالثَّمَرَةُ[٢]»[٣].

قَالُوا: وَهَذَا الْحَدِيثُ أَوْلَى مِنْ أَحَادِيثِ رَافِعٍ؛ لِأَنَّهَا مُضْطَرِبَةُ الْمُتُونِ، وَإِنْ صَحَّتْ أَحَادِيثُ رَافِعٍ حَمَلْنَاهَا عَلَى الْكَرَاهِيَةِ لَا عَلَى الْحَظْرِ، بِدَلِيلِ مَا خَرَّجَهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَنْهَ عَنْه، وَلَكِنْ قَالَ: «**إِنْ يَمْنَحْ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ يَكُنْ خَيْرًا لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا**»[٤].

قَالُوا: «وَقَدْ قَدِمَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ الْيَمَنَ، حِينَ[٥] بَعَثَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَهُمْ[٦] يُخَابِرُونَ فَأَقَرَّهُمْ»[٧].

٢١٨٠ وَأَمَّا كَسْبُ الْحَجَّامِ:

فَذَهَبَ قَوْمٌ إِلَى تَحْرِيمِهِ[٨].

وَخَالَفَهُمْ فِي ذَلِكَ آخَرُونَ، فَقَالُوا: كَسْبُهُ رَدِيءٌ يُكْرَهُ لِلرَّجُلِ[٩].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٣٩)، ومسلم (١٥٤٨).

(٢) مكانها بياض في (م).

(٣) أخرجه البخاريُّ (٢٣٤٤)، ومسلمٌ (١٥٤٢).

(٤) أخرجه البخاريُّ (٢٣٣٠)، ومسلمٌ (١٥٥٠).

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «حيث».

(٦) من (م).

(٧) أخرجه الطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ١١٤).

(٨) وهو مذهب الجمهور: «بدائع الصنائع» (١/ ١٣٩)، «تبيين الحقائق» (٥/ ١٢٤)، «العناية شرح الهداية» (٩/ ٩٧)، «أسنى المطالب» (٢/ ٣٠)، «الإقناع» (ص٩٢)، «المغني» (٤/ ١٤٨)، «الإنصاف» (٤/ ٣٠١)، «كشاف القناع» (٣/ ١٦٦).

(٩) «التاج والإكليل» (٦/ ٢٢٧).

وَقَالَ آخَرُونَ: بَلْ هُوَ مُبَاحٌ(١).

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ تَعَارُضُ الْآثَارِ فِي هَذَا الْبَابِ:

فَمَنْ رَأَى [أ/٣٨٩و] **أَنَّهُ حَرَامٌ**: احْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**(مِنَ السُّحْتِ كَسْبُ الْحَجَّامِ)**(٢)»(٣).

وَبِمَا رُوِيَ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ: «حَرَّمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ كَسْبَ الْحَجَّامِ»(٤).

(وَرُوِيَ عَنْ عَوْنِ بْنِ أَبِي جُحَيْفَةَ، قَالَ: اشْتَرَى أَبِي حَجَّامًا فَكَسَرَ مَحَاجِمَهُ، فَقُلْتُ لَهُ: لِمَ يَا أَبَتِ كَسَرْتَهَا؟ فَقَالَ: «إِنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ)(٥) نَهَى عَنْ ثَمَنِ الدَّمِ»(٦).

وَأَمَّا مَنْ رَأَى إِبَاحَةَ ذَلِكَ: فَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: «احْتَجَمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَأَعْطَى الْحَجَّامَ أَجْرَه»(٧).

قَالُوا: وَلَوْ كَانَ حَرَامًا لَمْ يُعْطِهِ.

وَحَدِيثُ جَابِرٍ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ دَعَا أَبَا طَيْبَةَ فَحَجَمَهُ، فَسَأَلَهُ: **كَمْ**

---

(١) وهو مذهب المالكية: «التاج والإكليل» (٦/ ٢٢٧)، «الذخيرة» (٥/ ٤١٣)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٨).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «كسب الحجام حرام».

(٣) أخرجه أبو عوانة ٣/ ٣٥٧ وأحمد (٢/ ٥٠٠)، وأبو يعلى (٦/ ٣٣)، والطحاوي في المشكل (١٢/ ٧٥)، وشرح المعاني (٤/ ٥٣)، وابن أبي شيبة (٣/ ٤٣٩) و (٥/ ١٠٦ و٣١٦) والدارقطني (٣/ ٧٢ و٧٣).

(٤) الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٢٩).
وفي إسناده يحيى بن سعيد العطار، قال عنه ابن حِبَّان: يروي الموضوعات عن الأثبات، لا يجوز الاحتجاج به. ينظر: «نخب الأفكار»، للعيني (١٦/ ٣٧٩).

(٥) ما بين القوسين ليس في (م).

(٦) أخرجه ابن الجعد (٥١٤)، والطيالسي (١١٣٩)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ١١٤)، ورجاله ثقات.

(٧) أخرجه البخاري (٢٢٧٩)، ومسلم (١٢٠٢).

ضَرِيبَتُكَ؟ فَقَالَ: ثَلَاثَةُ آصُعٍ، فَوَضَعَ عَنْهُ صَاعًا»(١).

وَعَنْهُ أَيْضًا: «أَنَّهُ أَمَرَ لِلْحَجَّامِ بِصَاعٍ مِنْ طَعَامٍ، وَأَمَرَ مَوَالِيَهُ أَنْ يُخَفِّفُوا عَنْهُ»(٢).

وَأَمَّا الَّذِينَ قَالُوا بِكَرَاهِيَتِهِ: فَاحْتَجُّوا بِمَا رُوِيَ أَنَّ رِفَاعَةَ بْنَ رَافِعٍ، [ب/ ٣٤٠و] أَوْ رَافِعَ بْنَ رِفَاعَةٍ جَاءَ إِلَى مَجْلِسِ الْأَنْصَارِ، فَقَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ كَسْبِ الْحَجَّامِ، وَأَمَرَنَا أَنْ نُطْعِمَهُ نَاضِحَنَا»(٣).

وَبِمَا رُوِيَ: «عَنْ رَجُلٍ مِنْ بَنِي حَارِثَةَ كَانَ لَهُ حَجَّامٌ، فَسَأَلَ رَسُولَ اللهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَنَهَاهُ، ثُمَّ عَادَ فَنَهَاهُ، ثُمَّ عَادَ فَنَهَاهُ، فَلَمْ يَزَلْ يُرَاجِعُهُ حَتَّى قَالَ لَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **(اعْلِفْ كَسْبَهُ)(٤) نَاضِحَكَ، وَأَطْعِمْهُ رَقِيقَكَ**»(٥).

٢١٨١ وَأَمَّا إِجَارَةُ الْمُؤَذِّنِ:

فَإِنَّ قَوْمًا لَمْ يَرَوْا فِيهِ(٦) بِذَلِكَ بَأْسًا.

وَقَوْمًا كَرِهُوا ذَلِكَ.

وَالَّذِينَ كَرِهُوا ذَلِكَ وَحَرَّمُوهُ:

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٥٣)، وأبو يعلى (١٧٧٧ و٢٠٥٧)، والطحاوي (٤/ ١٣٠)، من طرق.
قال الهيثمي في المجمع (٤/ ٩٤): ورجاله ثقات؛ إلا أنَّه من رواية جعفر بن أبي وحشية، عن سليمان بن قيس، وقيل: إنّه لم يسمع منه».

(٢) أخرجه الطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ١٣٠).

(٣) أخرجه الطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ١٣١).

(٤) في (م): «اعلفه».

(٥) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٩٧٤ برواية يحيى الليثي) ومن طريقه: الشافعي في «المسند» ٢/ ١٦٦، و«السُّنن المأثورة» (٢٧٨)، وأبو داود (٣٤٢٢)، والترمذي (١٢٧٧)، وأحمد (٥/ ٤٣٥)، عن ابن شهاب الزهري عن ابن محيِّصة: أنه استأذن رسول الله ﷺ... فذكره.
قال ابن الملقن في «البدر» (٩/ ٤٠٣): «الحَدِيث صَحِيحٌ».

(٦) من (ب).

احْتَجُّوا بِمَا رُوِيَ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**اتَّخِذْ مُؤَذِّنًا لَا يَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أَجْرًا**»(١).

وَالَّذِينَ أَبَاحُوهُ:

قَاسُوهُ عَلَى الْأَفْعَالِ غَيْرِ الْوَاجِبَةِ.

وَهَذَا هُوَ سَبَبُ الِاخْتِلَافِ ـ أَعْنِي: هَلْ هُوَ وَاجِبٌ أَمْ لَيْسَ بِوَاجِبٍ؟

٢١٨٢ وَأَمَّا الِاسْتِئْجَارُ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ:

فَقَدِ اخْتَلَفُوا فِيهِ أَيْضًا:

فَكَرِهَهُ قَوْمٌ.

وَأَجَازَهُ آخَرُونَ.

فَالَّذِينَ أَبَاحُوهُ(٢): قَاسُوهُ عَلَى سَائِرِ الْأَفْعَالِ.

وَاحْتَجُّوا بِمَا رُوِيَ «عَنْ خَارِجَةَ بْنِ الصَّلْتِ، عَنْ عَمِّهِ(٣) قَالَ: أَقْبَلْنَا مِنْ عِنْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ فَأَتَيْنَا عَلَى حَيٍّ مِنْ أَحْيَاءِ الْعَرَبِ، فَقَالُوا: إِنَّكُمْ جِئْتُمْ مِنْ عِنْدِ هَذَا الرَّجُلِ، فَهَلْ عِنْدَكُمْ دَوَاءٌ [م/٢٢١و] أَوْ رُقْيَةٌ، فَإِنَّ عِنْدَنَا مَعْتُوهًا فِي الْقُيُودِ، فَقُلْنَا لَهُمْ: نَعَمْ، فَجَاءُوا بِهِ، فَجَعَلْتُ أَقْرَأُ عَلَيْهِ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ غُدْوَةً، وَعَشِيَّةً [أ/٣٨٩ظ] أَجْمَعُ بِرِيقِي، ثُمَّ أَتْفُلُ عَلَيْهِ، فَكَأَنَّمَا أُنْشِطَ مِنْ عِقَالٍ، فَأَعْطَوْنِي جُعْلًا، فَقُلْتُ: لَا، حَتَّى أَسْأَلَ رَسُولَ اللهِ ﷺ، فَسَأَلْتُهُ فَقَالَ: «**كُلْ، فَلَعَمْرِي لَمَنْ أَكَلَ بِرُقْيَةِ بَاطِلٍ، فَلَقَدْ أَكَلْتَ بِرُقْيَةِ حَقٍّ**»(٤).

---

(١) أخرجه الترمذي (٢٠٩)، وصحَّحه، وابن ماجه (١/ ٢٤٤)، وابن حزم (٣/ ١٤٥).

(٢) في (م): «أجازوه».

(٣) عمُّ خارجة ـ له صحبة، قيل اسمه: علاقة بْن صحار، وقيل: عَبد الله بْن عثير. وليس له غير هذا الحديث. ينظر: «تهذيب الكمال» (٨/ ١٣).

(٤) أبو داود (٣٤٢٠، ٣٨٩٦، ٣٨٩٧)، والنسائي في «عمل اليوم والليلة» (١٠٣٢)، وابن السني في «عمل اليوم والليلة» (٦٢٤)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٢/ ٢٦٩)، والحاكم (١/ ٥٥٩ ـ ٥٦٠)، والطيالسي (١٣٦٢)، وأحمد (٥/ ٢١٠ ـ ٢١١).
قال الحافظ ابنُ حجر في «نتائج الأفكارِ» (٤/ ١٥١): حديثٌ حسنٌ.

وَبِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ: «أَنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللهِ ﷺ كَانُوا فِي غزوة[(١)]، فَمَرُّوا بِحَيٍّ مِنْ أَحْيَاءِ الْعَرَبِ، فَقَالُوا: هَلْ عِنْدَكُمْ مِنْ رَاقٍ، فَإِنَّ سَيِّدَ الْحَيِّ قَدْ لُدِغَ، أَوْ قَدْ عُرِضَ لَهُ، قَالَ: فَرَقَى رَجُلٌ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ فَبَرِئَ، فَأُعْطِيَ قَطِيعًا مِنَ الْغَنَمِ، فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَهَا، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَقَالَ: **بِمَ رَقَيْتَهُ؟** قَالَ: بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ، قَالَ: **وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ؟** قَالَ: ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **خُذُوهَا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ فِيهَا بِسَهْمٍ**»[(٢)].

وَأَمَّا الَّذِينَ كَرِهُوا الْجُعْلَ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ: فَقَالُوا: هُوَ مِنْ بَابِ الْجُعْلِ عَلَى تَعْلِيمِ الصَّلَاةِ. قَالُوا: وَلَمْ يَكُنِ الْجُعْلُ الْمَذْكُورُ فِي الْإِجَارَةِ عَلَى تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ، وَإِنَّمَا كَانَ عَلَى الرَّقْيِ، وَسَوَاءٌ كَانَت الرُّقى بِالْقُرْآنِ أَوْ غَيْرِهِ الِاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا جَائِزٌ كَالْعِلَاجَاتِ.

قَالُوا: وَلَيْسَ وَاجِبًا عَلَى النَّاسِ، وَأَمَّا تَعْلِيمُ الْقُرْآنِ فَهُوَ وَاجِبٌ عَلَى النَّاسِ.

٢١٨٣ وَأَمَّا إِجَارَةُ الْفُحُولِ مِنَ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالدَّوَابِّ:

فَأَجَازَ مَالِكٌ[(٣)] أَنْ يَكْرِيَ الرَّجُلُ فَحْلَهُ عَلَى أَنْ يَنْزُوَ أَكْوَامًا مَعْلُومَةً[(٤)].

وَلَمْ يُجِزْ ذَلِكَ: أَبُو حَنِيفَةَ[(٥)]، وَلَا الشَّافِعِيُّ[(٦)].

وَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يُجِزْ ذَلِكَ: مَا جَاءَ مِنَ النَّهْيِ عَنْ عَسِيبِ [ب/ ٣٤٠ظ] الْفَحْلِ[(٧)].

وَمَنْ أَجَازَهُ: شَبَّهَهُ بِسَائِرِ الْمَنَافِعِ.

[٢١٨٣/أ] وَهَذَا ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّهُ تَغْلِيبٌ لِلْقِيَاسِ عَلَى السَّمَاعِ.

---

(١) في (م): «غزاه».

(٢) أخرجه البخاري (٥٧٤٩)، ومسلم (٢٢٠١).

(٣) «التاج والإكليل» (٦/ ٢٢٧)، «الذخيرة» (٥/ ٤١٣).

(٤) أي: دفعات معلومة، إذ هو أمر معلوم في نفسه، ومقدور على تسليمه، كما قال ابن شاس في «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٦٧٢).

(٥) «بدائع الصنائع» (١/ ١٣٩)، «تبيين الحقائق» (٥/ ١٢٤)، «العناية شرح الهداية» (٩/ ٩٧).

(٦) «أسنى المطالب» (٢/ ٣٠).

(٧) البخاري (٢٢٨٤)، من حديث جابر.

[٢١٨٣/ب] وَاسْتِئْجَارُ الْكَلْبِ، هُوَ أَيْضًا مِنْ هَذَا الْبَابِ:

وَهُوَ لَا يَجُوزُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ(١)، وَلَا عِنْدَ مَالِكٍ(٢).

وَالشَّافِعِيُّ يَشْتَرِطُ فِي جَوَازِ اسْتِئْجَارِ الْمَنْفَعَةِ: أَنْ تَكُونَ مُتَقَوِّمَةً(٣) عَلَى انْفِرَادِهَا، فَلَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ تُفَّاحَةٍ لِلشَّمِّ، وَلَا طَعَامٍ لِتَزْيِينِ الْحَانُوتِ؛ إِذْ هَذِهِ الْمَنَافِعُ لَيْسَ لَهَا قِيَمٌ عَلَى انْفِرَادِهَا، فَهُوَ لَا يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ(٤)، وَلَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ(٥).

٢١٨٤ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ: اخْتِلَافُ الْمَذْهَبِ فِي إِجَارَةِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ.

وَبِالْجُمْلَةِ: كُلُّ مَا لَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ(٦): لَا تَصِحُّ إِجَارَةُ هَذَا الْجِنْسِ، وَهُوَ قَرْضٌ.

وَكَانَ أَبُو بَكْرٍ الْأَبْهَرِيُّ وَغَيْرُهُ(٧) يَزْعُمُ أَنَّ ذَلِكَ يَصِحُّ، وَتَلْزَمُ الْأُجْرَةُ فِيهِ، وَإِنَّمَا مَنَعَ مِنْ إِجَارَتِهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَصَوَّرْ فِيهَا مَنْفَعَةً إِلَّا بِإِتْلَافِ عَيْنِهَا.

وَمَنْ أَجَازَ إِجَارَتَهَا [أ/ ٣٩٠و] تَصَوَّرَ فِيهَا مَنْفَعَةً، مِثْلَ أَنْ يَتَجَمَّلَ بِهَا أَوْ يَتَكَثَّرَ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ، مِمَّا يُمْكِنُ أَنْ يُتَصَوَّرَ فِي هَذَا الْبَابِ.

فَهَذِهِ هِيَ مَشْهُورَاتُ مَسَائِلِ الْخِلَافِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِجِنْسِ الْمَنْفَعَةِ.

٢١٨٥ وَأَمَّا مَسَائِلُ الْخِلَافِ الْمُتَعَلِّقَةُ بِجِنْسِ الثَّمَنِ:

فَهِيَ مَسَائِلُ الْخِلَافِ الْمُتَعَلِّقَةُ بِمَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي الْمَبِيعَاتِ، وَبِمَا لَا يَجُوزُ.

---

(١) «الحاوي» (٧/ ٤٢٤).

(٢) «شرح الخرشي» (٣/ ٤٤)، «التاج والإكليل» (٤/ ٣٦٤).

(٣) في (أ): «معلومة».

(٤) «التاج والإكليل» (٥/ ٣٩٣)، «المنتقى»، للباجي (٥/ ١١٤).

(٥) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٠٥)، «الإقناع»، للشربيني (٢/ ٣٤٩)، «روضة الطالبين» (٥/ ١٧٦).

(٦) «المدونة» (٤/ ٣٢١).

(٧) «المختصر الصغير» (ص٣٢٧).

وَمِمَّا وَرَدَ النَّهْيُ فِيهِ مِنْ هَذَا الْبَابِ: مَا رُوِيَ: «أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ عَسِيبِ الْفَحْلِ، وكَسْبِ الْحَجَّامِ، وَقَفِيزِ الطَّحَّانِ»(١).

قَالَ الطَّحَاوِيُّ(٢): وَمَعْنَى نَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ: هذا كَانُوا يَفْعَلُونَهُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ مِنْ دَفْعِ الْقَمْحِ إِلَى الطَّحَّانِ بِجُزْءٍ مِنَ الدَّقِيقِ الَّذِي يَطْحَنُهُ، قَالُوا: وَهَذَا لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا، وَهُوَ اسْتِئْجَارٌ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ بِعَيْنٍ لَيْسَ عِنْدَهُ، وَلَا هِيَ مِنَ الْأَشْيَاءِ الَّتِي تكُونُ دُيُونًا عَلَى الذِّمَمِ.

وَوَافَقَهُ الشَّافِعِيُّ(٣) عَلَى هَذَا.

وَقَالَ أَصْحَابُهُ: لَوِ اسْتَأْجَرَ السَّلَّاخَ بِالْجِلْدِ وَالطَّحَّانَ بِالنُّخَالَةِ، أَوْ بِصَاعٍ مِنَ الدَّقِيقِ فَسَدَ؛ لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ(٤).

وَهَذَا عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ جَائِزٌ(٥)؛ لِأَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى جُزْءٍ مِنَ الطَّعَامِ مَعْلُومٍ، وَأُجْرَةُ الطَّحَّانِ ذَلِكَ الْجُزْءُ وَهُوَ مَعْلُومٌ أَيْضًا.

[٢١٨٥/...] وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي إِجَارَةِ دَارٍ بِسُكْنَى دَارٍ أُخْرَى(٦):

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٧)، والبيهقي (٥/ ٣٣٥)، من حديث أبي سعيد؛ نُهِي عن عسب الفحل، وقفيز الطحان.
قال الحافظ في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٣٣): «وقد أورده عبد الحق في «الإحكام» بلفظ: نَهَى النبي ﷺ.
وتعقبه ابن القطان بأنه لم يجده إلا بلفظ البناء لما لم يسم فاعله.
وفي الإسناد هشام أبو كليب، راويه عن ابن أبي نُعْم، عن أبي سعيد، لا يعرف؛ قاله ابن القطان، والذهبي وزاد: «وحديثه منكر».
وقال مغلطاي: «هو ثقة». فينظر فيمن وثقه.
ثم وجدته في «ثقات ابن حبان».

(٢) أخرجه الطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ١٣٠).

(٣) «روضة الطالبين» (٥/ ١٧٦)، «منهاج الطالبين» (ص٧٦)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٢٦٨).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) «القوانين الفقهية» (ص١٨٤).

(٦) قال ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٤٥): «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل والدواب جائز».

فَأَجَازَ ذَلِكَ مَالِكٌ[(١)].

وَمَنَعَهُ أَبُو حَنِيفَةَ[(٢)].

وَلَعَلَّهُ رَآهَا مِنْ بَابِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ.

وَهَذَا ضَعِيفٌ.

فَهَذِهِ مَشْهُورَاتُ مَسَائِلِهِمْ (فِيمَا يَتَعَلَّقُ [م/٢٢١ظ] بِجِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَجِنْسِ الثَّمَنِ.

٢١٨٦ **وَأَمَّا مَا يَتَعَلَّقُ بِأَوْصَافِهَا فَنَذْكُرُ مِنْهَا الْمَشْهُورَ)**[(٣)]:

فَمِنْ ذَلِكَ: أَنَّ جُمْهُورَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ؛ مَالِكٌ[(٤)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٥)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٦)] اتَّفَقُوا بِالْجُمْلَةِ - أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْإِجَارَةِ: أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مَعْلُومًا، وَالْمَنْفَعَةُ مَعْلُومَةَ الْقَدْرِ، [ب/٣٤١و][(٧)] [ب/٣٤١ظ] وَذَلِكَ:

إِمَّا بِغَايَتِهَا: مِثْلَ خِيَاطَةِ الثَّوْبِ، وَعَمَلِ الْبَابِ.

وَإِمَّا بِضَرْبِ الْأَجَلِ إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهَا غَايَةٌ: مِثْلَ خِدْمَةِ الْأَجِيرِ، وَذَلِكَ:

إِمَّا بِالزَّمَانِ إِنْ كَانَ عَمَلًا وَاسْتِيفَاءَ مَنْفَعَةٍ مُتَّصِلَةِ الْوُجُودِ: مِثْلَ كِرَاءِ الدُّورِ، وَالْحَوَانِيتِ.

وَإِمَّا بِالْمَكَانِ إِنْ كَانَ مَشْيًا: مِثْلَ كِرَاءِ الرَّوَاحِلِ.

وَذَهَبَ أَهْلُ الظَّاهِرِ[(٨)]، وَطَائِفَةٌ مِنَ السَّلَفِ[(٩)] إِلَى جَوَازِ إِجَارَة

---

(١) «تحفة الفقهاء» (٢/ ١٤)، «البحر الرائق» (٧/ ٢٩٨).

(٢) «حاشية الدسوقي» (٤/ ٢٢)، «منح الجليل» (٧/ ٥٠٠).

(٣) ما بين القوسين من (م). (٤) «المقدمات» (٢/ ٢١٨، ٢١٩).

(٥) «شرح معاني الآثار» (٤/ ٤٩)، «ابن عابدين» (٦/ ٣٩٢، ٣٩٣).

(٦) «مغني المحتاج» (٤/ ٢٣٥).

(٧) في النسخة (ب) شعرٌ، كتبه الناسخ في هذا الوجه من اللوحة، ولعلها كانت صفحة فارغة، فكتب فيها هذا الشعر للفائدة، والله أعلم.

(٨) «المحلى» (٩/ ٧٩). (٩) «الاستذكار» (٧/ ٦٦).

الْمَجْهُولَاتِ مِثْلَ أَنْ يُعْطِيَ الرَّجُلُ حِمَارَهُ[١] لِمَنْ يَسْقِي عَلَيْهِ أَوْ يَحْتَطِبُ عَلَيْهِ، بِنِصْفِ مَا يَعُودُ عَلَيْهِ.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعٌ، فَامْتَنَعَ فِيهَا مِنَ الْجَهْلِ ـ لِمَكَانِ الْغَبْنِ ـ مَا امْتُنِعَ فِي الْمَبِيعَاتِ.

وَاحْتَجَّ الْفَرِيقُ الثَّانِي بِقِيَاسِ الْإِجَارَةِ عَلَى الْقِرَاضِ وَالْمُسَاقَاةِ.

وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ الْقِرَاضَ وَالْمُسَاقَاةَ مُسْتَثْنَيَانِ بِالسُّنَّةِ، فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِمَا لِخُرُوجِهِمَا عَنِ الْأُصُولِ.

[٢١٨٦/أ] وَاتَّفَقَ مَالِكٌ[٢]، وَالشَّافِعِيُّ[٣] عَلَى أَنَّهُمَا إِذَا ضَرَبَا لِلْمَنْفَعَةِ الَّتِي لَيْسَ[٤] لَهَا غَايَةٌ ـ أَمَدًا مِنَ الزَّمَانِ مَحْدُودًا، وَحَدَّدا [أ/ ٣٩٠ظ] أَوَّلَ ذَلِكَ الْأَمَدِ، وَكَانَ أَوَّلُهُ عَقِبَ الْعَقْدِ: أَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ.

[٢١٨٦/ب] وَاخْتَلَفُوا إِذَا لَمْ يُحَدِّدُوا أَوَّلَ الزَّمَانِ، أَوْ حَدَّدُوهُ وَلَمْ يَكُنْ عَقِبَ الْعَقْدِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٥]: يَجُوزُ إِذَا حُدِّدَ الزَّمَانُ وَلَمْ يُحَدَّدْ أَوَّلُهُ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ لَهُ: اسْتَأْجَرْتُ مِنْكَ هَذِهِ الدَّارَ سَنَةً بِكَذَا أَوْ شَهْرًا بِكَذَا، وَلَا يَذْكُرُ أَوَّلَ ذَلِكَ الشَّهْرِ وَلَا أَوَّلَ تِلْكَ السَّنَةِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٦]: لَا يَجُوزُ.

وَيَكُونُ أَوَّلُ الْوَقْتِ ـ عِنْدَ مَالِكٍ[٧] ـ وَقْتَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ.

وَمَنَعَهُ الشَّافِعِيُّ؛ لِأَنَّهُ غَرَرٌ.

---

(١) من (م).

(٢) «المقدمات» (٢/ ٢١٨، ٢١٩).

(٣) «مغني المحتاج» (٤/ ٢٣٣).

(٤) ليست في (م).

(٥) «التاج والإكليل» (٤/ ٥٦٩).

(٦) «مغني المحتاج» (٤/ ٢٣٦)، «روضة الطالبين» (٣/ ٤١٨).

(٧) «القوانين الفقهية» (ص١٨٥).

وَأَجَازَهُ مَالِكٌ[١]؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ بِالْعَادَةِ.

وَكَذَلِكَ لَمْ يُجِزِ الشَّافِعِيُّ[٢] إِذَا كَانَ[٣] أَوَّلُ الْعَقْدِ مُتَرَاخِيًا عَنِ الْعَقْدِ.

وَأَجَازَهُ مَالِكٌ[٤].

[٢١٨٦/ج] **وَاخْتَلَفَ** قَوْلُ أَصْحَابِهِ فِي اسْتِئْجَارِ الْأَرْضِ غَيْرِ الْمَأْمُونَةِ التَّغْيِيرِ (فِيمَا بَعْدُ مِنَ الأزمان.

[٢١٨٦/د] وَكَذَلِكَ **اخْتَلَفَ** مَالِكٌ[٥]، وَالشَّافِعِيُّ[٦][٧] فِي مِقْدَارِ الزَّمَانِ الَّذِي تُقَدَّرُ بِهِ هَذِهِ الْمَنَافِعُ:

فَمَالِكٌ[٨] يُجِيزُ ذَلِكَ السِّنِينَ الْكَثِيرَةَ، مِثْلَ أَنْ يَكْرِيَ الدَّارَ لِعَشَرَةِ أَعْوَامٍ أَوْ أَكْثَرَ، مِمَّا لَا تَتَغَيَّرُ الدَّارُ فِي مِثْلِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٩]: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِأَكْثَرَ مِنْ عَامٍ وَاحِدٍ.

[٢١٨٦/هـ] **وَاخْتَلَفَ** قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ[١٠]، وَقول[١١] ابْنِ الْمَاجِشُونِ[١٢] فِي أَرْضِ الْمَطَرِ، (وَأَرْضِ السَّقْيِ بِالْعُيُونِ)[١٣]، وَأَرْضِ السَّقْيِ بِالْآبَارِ وَالْأَنْهَارِ:

فَأَجَازَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِيهَا الْكِرَاءَ السِّنِينَ الْكَثِيرَةِ.

وَفَصَّلَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ، فَقَالَ: لَا يَجُوزُ الْكِرَاءُ فِي أَرْضِ الْمَطَرِ إِلَّا لِعَامٍ وَاحِدٍ. وَأَمَّا أَرْضُ السَّقْيِ بِالْعُيُونِ: فَلَا يَجُوزُ كِرَاؤُهَا إِلَّا لِثَلَاثَةِ أَعْوَامٍ، وَأَرْبَعَةٍ.

وَأَمَّا أَرْضُ الْآبَارِ وَالْأَنْهَارِ: فَلَا يَجُوزُ، إِلَّا لِعَشَرَةِ أَعْوَامٍ فَقَطْ.

---

(١) «التاج والإكليل» (٥/ ٤٢٧)، «الخرشي» (٧/ ٢٦).

(٢) «الحاوي» (٦/ ٥٠١).

(٣) في (م): «لم يكن».

(٤) «الذخيرة» (٥/ ٥٠٧)، «منح الجليل» (٧/ ٥٠٨).

(٥) «مواهب الجليل» (٥/ ٤٢٨)، «منح الجليل» (٧/ ٥٠٩).

(٦) «الحاوي» (٦/ ٥٠٣).

(٧) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٨) «حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٢)، «الخرشي» (٧/ ٤٢).

(٩) «إعانة الطالبين» (٣/ ١١٥)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٣٠٨).

(١٠) «المقدمات» (٢/ ٢٢١).

(١١) من (م).

(١٢) «المقدمات» (٢/ ٢٢١).

(١٣) ما بين القوسين ليس في (م).

٢١٨٧ فَإِذَنْ[1] الِاخْتِلَافُ هَاهُنَا فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ:
فِي تَحْدِيدِ أَوَّلِ الْمُدَّةِ.
وَفِي طُولِهَا.
وَفِي بُعْدِهَا مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ.

[٢١٨٧/...] وَكَذَلِكَ **اخْتَلَفَ** مَالِكٌ[2]، وَالشَّافِعِيُّ[3] إِذَا لَمْ يُحَدِّدِ [ب/٣٤٢و] الْمُدَّةَ، وَحَدَّدَ الْقَدْرَ الَّذِي يَجِبُ لِأَقَلِّ الْمُدَّةِ؛ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: أَكْتَرِي مِنْكَ هَذِهِ الدَّارَ الشَّهْرَ بِكَذَا، وَلَا يَضْرِبَانِ لِذَلِكَ أَمَدًا مَعْلُومًا:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ[4]: لَا يَجُوزُ.

وَقَالَ مَالِكٌ[5] وَأَصْحَابُهُ: يَجُوزُ (عَلَى قِيَاسِ)[6]: أَبِيعُكَ مِنْ هَذِهِ الصُّبْرَةِ بِحِسَابِ الْقَفِيزِ بِدِرْهَمٍ، (وَهَذَا لَا يَجُوزُ غَيْرُهُ)[7].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

اعْتِبَارُ الْجَهْلِ الْوَاقِعِ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ: هَلْ هُوَ مِنَ الْغَرَرِ الْمَعْفُوِّ عَنْهُ أَوِ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ؟

٢١٨٨ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ:

أَجَازَهُ مَالِكٌ[8].

وَمَنَعَهُ الشَّافِعِيُّ[9]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[10].

---

(١) في (م): «فهذا».
(٢) «المقدمات» (٢/ ٢٢١).
(٣) «الوسيط» (٤/ ١٨٧)، «روضة الطالبين» (٥/ ٢٢٦).
(٤) «الوسيط» (٤/ ١٨٧)، «روضة الطالبين» (٥/ ٢٢٦).
(٥) «المقدمات» (٢/ ٢٢١)، «الذخيرة» (٥/ ٥٠٧).
(٦) مكانها بياض في (م).
(٧) ما بين القوسين ليس في (م).
(٨) «مواهب الجليل» (٥/ ٣٨٩)، «منح الجليل» (٧/ ٤٣٢).
(٩) «المهذب (١/ ٤٠٧)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٥٦)، «أسنى المطالب» (٢/ ٤٣١).
(١٠) «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠١)، «تبيين الحقائق» (٥/ ١٤٥).

وَلَمْ يُجِزْ مَالِكٌ[(١)]: أَنْ يَقْتَرِنَ بِالْبَيْعِ إِلَّا الْإِجَارَةَ فَقَطْ.

٢١٨٩ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي إِجَارَةِ الْمُشَاعِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٢)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٣)]: هِيَ جَائِزَةٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٤)]: لَا تَجُوزُ؛ لِأَنَّ عِنْدَهُ أَنَّ الِانْتِفَاعَ بِهَا مَعَ الْإِشَاعَةِ مُتَعَذِّرٌ. وَعِنْدَ مَالِكٍ[(٥)]، وَالشَّافِعِيِّ[(٦)] [أ/ ٣٩١و]: أَنَّ الِانْتِفَاعَ بِهَا مُمْكِنٌ، كَانْتِفَاعِ الْمُكْرِي بِهَا مَعَ شَرِيكِهِ ـ (أَعْنِي: رَبَّ الْمَالِ)[(٧)].

٢١٩٠ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ: اسْتِئْجَارُ الْأَجِيرِ بِطَعَامِهِ وَكُسْوَتِهِ، وَكَذَلِكَ الظِّئْرُ[(٨)]:

فَمَنَعَ الشَّافِعِيُّ[(٩)] [م/ ٢٢٢و] ذَلِكَ عَلَى الْإِطْلَاقِ.

وَأَجَازَ ذَلِكَ: مَالِكٌ[(١٠)] عَلَى الْإِطْلَاقِ ـ أَعْنِي: فِي كُلِّ أَجِيرٍ.

وَأَجَازَ ذَلِكَ: أَبُو حَنِيفَةَ[(١١)] فِي الظِّئْرِ[(١٢)] فَقَطْ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: هَلْ هِيَ إِجَارَةٌ مَجْهُولَةٌ أَمْ لَيْسَتْ مَجْهُولَةً؟

فَهَذِهِ هِيَ شَرَائِطُ الْإِجَارَةِ الرَّاجِعَةُ إِلَى الثَّمَنِ وَالْمَثْمُونِ.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٣٩).

(٢) «المقدمات» (٢/ ٢٢٣)، «الذخيرة» (٥/ ٥٠٩).

(٣) «فتح العزيز» (٨/ ٢٠٨).

(٤) «بدائع الصنائع» (٤/ ١٧٣).

(٥) «القوانين الفقهية» (ص١٨٦)، «الذخيرة»، للقرافي (٥/ ٤٣٢).

(٦) «فتح العزيز» (٨/ ٢٢٢).

(٧) مكانها بياض في (م).

(٨) في (أ): «الظمئان».

(٩) «المهذب (١/ ٤٠١).

(١٠) «القوانين الفقهية» (ص١٨٩).

(١١) «المبسوط» (١٥/ ١١٨)، «البحر الرائق» (٨/ ٢٤)، «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٥٣).
قال ابن قدامة في «المغني» (٤/ ١٤٨): «أجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر».

(١٢) في (أ) «الظمئان».

وَأَمَّا أَنْوَاعُ الْإِجَارَةِ:

فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ عَلَى أَنَّ الْإِجَارَةَ عَلَى ضَرْبَيْنِ:

(١) إِجَارَةُ مَنَافِعِ أَعْيَانٍ مَحْسُوسَةٍ.

(٢) وَإِجَارَةُ مَنَافِعَ فِي الذِّمَّةِ؛ قِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ.

وَالَّذِي فِي الذِّمَّةِ مِنْ شَرْطِهِ الْوَصْفُ، وَالَّذِي فِي الْعَيْنِ مِنْ شَرْطِهِ الرُّؤْيَةُ أَوِ الصِّفَةُ عِنْدَهُ كَالْحَالِ فِي الْمَبِيعَاتِ.

وَمِنْ شَرْطِ الصِّفَةِ عِنْدَهُ: ذِكْرُ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ، وَذَلِكَ فِي الشَّيْءِ الَّذِي تُسْتَوْفَى مَنَافِعُهُ.

٢١٩١ وَفِي الشَّيْءِ الَّذِي تُسْتَوْفَى بِهِ مَنَافِعُهُ، فَلَا بُدَّ مِنْ وَصْفِ الْمَرْكُوبِ مَثَلًا، وَالْحِمْلُ الَّذِي تُسْتَوْفَى بِهِ مَنْفَعَةُ الْمَرْكُوبِ.

وَعِنْدَ مَالِكٍ[١]: أَنَّ الرَّاكِبَ لَا يَحْتَاجُ أَنْ يُوصَفَ.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ[٢] يَحْتَاجُ إِلَى الْوَصْفِ.

وَعِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ[٣] أَنَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَ الرَّاعِيَ عَلَى غَنَمٍ بِأَعْيَانِهَا، أَنَّ مِنْ صِحَّةِ الإِجَارَةِ[٤] اشْتِرَاطَ الْخُلْفِ.

وَعِنْدَ غَيْرِهِ: تَلْزَمُ الْجُمْلَةُ بِغَيْرِ شَرْطٍ.

وَمِنْ شَرْطِ إِجَارَةِ الذِّمَّةِ:

أَنْ يُعَجَّلَ النَّقْدُ - عِنْدَ مَالِكٍ[٥]، لِيَخْرُجَ مِنَ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ؛ كَمَا أَنَّ مِنْ شَرْطِ إِجَارَةِ الْأَرْضِ غَيْرِ الْمَأْمُونَةِ السَّقْيِ - عِنْدَهُ - أَنْ لَا يُشْتَرَطَ فِيهَا النَّقْدُ إِلَّا بَعْدَ الرَّيِّ.

٢١٩٢ **وَاخْتَلَفُوا فِي الْكِرَاءِ:**

---

(١) «شرح الخرشي» (٧/ ١٣).

(٢) «المهذب» (١/ ٤٥١).

(٣) «التاج والإكليل» (٥/ ٤١١).

(٤) في (م): «العقد».

(٥) «التاج والإكليل» (٤/ ٥٦٨).

هَلْ يَدْخُلُ فِي أَنْوَاعِهِ الْخِيَارُ أَمْ لَا؟

فَقَالَ [ب/ ٣٤٢ظ] مَالِكٌ[(١)]: يَجُوزُ فِي الصِّنْفَيْنِ مِنَ الْكِرَاءِ الْمَضْمُونِ وَالْمُعَيَّنِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٢)]: لَا يَجُوزُ.

فَهَذِهِ هِيَ الْمَشْهُورَاتُ مِنَ الْمَسَائِلِ الْوَاقِعَةِ فِي هَذَا الْقِسْمِ الْأَوَّلِ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ، وَهُوَ الَّذِي يَشْتَمِلُ عَلَى النَّظَرِ فِي مَجَالِ هَذَا الْعَقْدِ وَأَوْصَافِهِ وَأَنْوَاعِهِ، وَهِيَ الْأَشْيَاءُ الَّتِي جَرَتْ مِنْ هَذَا الْعَقْدِ مَجْرَى الْأَرْكَانِ[(٣)].

وَبِهَا يُوصَفُ الْعَقْدُ إِذَا كَانَ عَلَى الشُّرُوطِ الشَّرْعِيَّةِ بِالصِّحَّةِ، وَبِالْفَسَادِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى ذَلِكَ.

وَبَقِيَ النَّظَرُ فِي الْجُزْءِ الثَّانِي، (وَهُوَ أَحْكَامُ هَذَا الْعَقْدِ)[(٤)].

الْجُزْءُ الثَّانِي مِنْ هَذَا الْكِتَابِ:

وَهُوَ النَّظَرُ فِي أَحْكَامِ الْإِجَارَاتِ.

وَأَحْكَامُ الْإِجَارَاتِ كَثِيرَةٌ، وَلَكِنَّهَا بِالْجُمْلَةِ تَنْحَصِرُ فِي جُمْلَتَيْنِ:

الْجُمْلَةُ الْأُولَى: فِي مُوجِبَاتِ هَذَا الْعَقْدِ وَلَوَازِمِهِ، مِنْ غَيْرِ حُدُوثِ طَارِئٍ عَلَيْهِ.

الْجُمْلَةُ الثَّانِيَةُ: فِي أَحْكَامِ الطَّوَارِئِ.

وَهَذِهِ [أ/ ٣٩١ظ] الْجُمْلَةُ تَنْقَسِمُ فِي الْأَشْهَرِ إِلَى مَعْرِفَةِ مُوجِبَاتِ الضَّمَانِ وَعَدَمِهِ، وَمَعْرِفَةِ مُوجِبَاتِ الْفَسْخِ وَعَدَمِهِ، وَمَعْرِفَةِ حُكْمِ الِاخْتِلَافِ.

---

(١) «المدونة» (٤/ ٤٦٥).

(٢) «أسنى المطالب» (١/ ٥١)، «حاشية البيجوري» (١/ ٦٨٨).

(٣) في (م): «الأوصاف».

(٤) ما بين القوسين ليس في (م).

الْجُمْلَةُ الْأُولَى: وَمِنْ مَشْهُورَاتِ هَذَا الْبَابِ

٢١٩٣ مَتَى يَلْزَمُ الْمُكْرَى دَفْعُ الْكِرَاءِ إِذَا أُطْلِقَ[١] الْعَقْدُ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ قَبْضَ الثَّمَنِ؟

فَعِنْدَ مَالِكٍ[٢]، وَأَبِي حَنِيفَةَ[٣]: أَنَّ الثَّمَنَ إِنَّمَا يَلْزَمُ جُزْءًا فَجُزْءًا بِحَسَبِ مَا يَقْبِضُ مِنَ الْمَنَافِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ، أَوْ يَكُونَ هُنَالِكَ مَا يُوجِبُ التَّقْدِيمَ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ عَرَضًا مُعَيَّنًا أَوْ يَكُونَ كِرَاءً فِي الذِّمَّةِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٤]: يَجِبُ عَلَيْهِ الثَّمَنُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ.

فَمَالِكٌ: رَأَى أَنَّ الثَّمَنَ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا يُقْبَضُ مِنَ الْعَرْضِ[٥].

وَالشَّافِعِيُّ: كَأَنَّهُ رَأَى أَنَّ تَأْخِيرَهُ[٦] مِنْ بَابِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ.

٢١٩٤ وَمِنْ ذَلِكَ **اخْتِلَافُهُمْ** فِيمَنِ اكْتَرَى دَابَّةً أَوْ دَارًا وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ؛ هَلْ لَهُ أَنْ يُكْرِيَ ذَلِكَ بِأَكْثَرَ مِمَّا اكْتَرَاهُ؟

فَأَجَازَهُ مَالِكٌ[٧]، وَالشَّافِعِيُّ[٨]، وَجَمَاعَةٌ؛ قِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ.

وَمَنَعَ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ[٩]، وَأَصْحَابُهُ.

وَعُمْدَتُهُمْ:

أَنَّهُ مِنْ بَابِ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ الْأَصْلِ هُوَ مِنْ رَبِّهِ - أَعْنِي: مِنَ الْمُكْرِي.

---

(١) في (م): «انطلق».
(٢) «حاشية الدسوقي» (٤/ ٣٧)، شرح الخرشي» (٧/ ٣٧).
(٣) «البحر الرائق» (٧/ ٣٠٥)، «العناية شرح الهداية» (٥/ ٤٨٣).
(٤) «إعانة الطالبين» (٣/ ١١٥).
(٥) في (أ): «الغرض»، وفي (م): «العوض».
(٦) في (م): «تأخره».
(٧) «حاشية الدسوقي» (٤/ ٣٦)، شرح الخرشي» (٧/ ٣٩).
(٨) «إعانة الطالبين (٣/ ١١٦).
(٩) «المبسوط» (١٥/ ١٤٤).

وَأَيْضًا، فَإِنَّهُ مِنْ بَابِ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ.

وَأَجَازَ ذَلِكَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ إِذَا أَحْدَثَ فِيهَا عَمَلًا.

وَمِمَّنْ لَمْ يَكْرَهْ ذَلِكَ إِذَا وَقَعَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ: سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ.

وَالْجُمْهُورُ: رَأَوْا أَنَّ الْإِجَارَةَ فِي هَذَا شَبِيهَةٌ بِالْبَيْعِ(١).

٢١٩٥ وَمِنْهَا:

أَنْ يَكْرِيَ الدَّارَ مِنَ الَّذِي أَكْرَاهَا مِنْهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٢): يَجُوزُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٣): لَا يَجُوزُ، وَكَأَنَّهُ رَأَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا فِي الْكِرَاءِ، فَهُوَ مِنْ بَابِ أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ.

٢١٩٦ وَمِنْهَا:

إِذَا اكْتَرَى أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً، فَأَرَادَ أَنْ يَزْرَعَهَا شَعِيرًا، أَوْ مَا ضَرَرُهُ(٤) مِثْلُ ضَرَرِ الْحِنْطَةِ، أَوْ دُونَهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٥): ذَلِكَ لَهُ.

وَقَالَ دَاوُدُ: لَيْسَ ذَلِكَ لَهُ.

٢١٩٧ وَمِنْهَا:

اخْتِلَافُهُمْ فِي كَنْسِ مَرَاحِيضِ الدُّورِ الْمُكْرَاةِ:

[م/ ٢٢٢ظ] فَالْمَشْهُورُ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ(٦) أَنَّهُ عَلَى أَرْبَابِ [ب/ ٣٣٤و] الدُّورِ. وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ عَلَى الْمُكْتَرِي.

---

(١) «الذخيرة» (٥/ ٤٩٤)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ٥٤).

(٢) «الذخيرة» (٥/ ٤٩٣، ٤٩٤).

(٣) «تبيين الحقائق» (٥/)، «فتح القدير» (٦/).

(٤) مكانها بياض في (م).

(٥) «الذخيرة» (٥/ ٤٩٤).

(٦) «الذخيرة» (٥/ ٤٩٤).

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(١).

وَاسْتَثْنَى ابْنُ الْقَاسِمِ في هَذِهِ الْفَنَادِقَ الَّتِي يَدْخُلُهَا قَوْمٌ وَيَخْرُجُ قَوْمٌ: فَقَالَ: الْكَنْسُ عَلَى أَرْبَابِ الدَّارِ.

٢١٩٨ وَمِنْهَا:

اخْتِلَافُ أَصْحَابِ مَالِكٍ(٢) فِي الِانْهِدَامِ الْيَسِيرِ مِنَ الدَّارِ، هَلْ يَلْزَمُ رَبَّ الدَّارِ إِصْلَاحُهُ، أَمْ لَيْسَ يَلْزَمُ، وَيَنْحَطُّ عَنْهُ مِنَ الْكِرَاءِ ذَلِكَ الْقَدْرُ؟

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا يَلْزَمُهُ(٣).

وَقَالَ غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِهِ: يَلْزَمُهُ(٤).

وَفُرُوعُ هَذَا الْبَابِ كَثِيرَةٌ، وَلَيْسَ قَصْدُنَا التَّفْرِيعَ فِي هَذَا الْكِتَابِ.

الْجُمْلَةُ الثَّانِيَةُ: وَهِيَ [أ/٣٩٢و] النَّظَرُ فِي الْأَحْكَامِ

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ مِنْهُ، وَهُوَ النَّظَرُ فِي الْفُسُوخِ.

فَنَقُولُ:

٢١٩٩ إِنَّ الْفُقَهَاءَ **اخْتَلَفُوا** فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ(٥):

فَذَهَبَ الْجُمْهُورُ إِلَى أَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ(٦).

وَحُكِيَ عَنْ قَوْمٍ أَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ، تَشْبِيهًا بِالْجُعْلِ وَالشَّرِكَةِ(٧).

وَالَّذِينَ قَالُوا: إِنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ:

---

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ٢١٠).
(٢) «الذخيرة» (٥/ ٤٩٨).
(٣) «الذخيرة» (٥/ ٤٩٨).
(٤) «الذخيرة» (٥/ ٤٩٨).
(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الإجارات».
(٦) «بدائع الصنائع» (٤/ ١٧٩)، «العناية شرح الهداية» (٩/ ١٤٤)، «المنتقى»، للباجي (٤/ ٢٥٥)، و(٥/ ١١٤)، «الفروق» (٢/ ١٣٣)، «أسنى المطالب» (١/ ٣٥٧)، «الفروع» (٤/ ٤٤٠)، «المغني» (٥/ ٢٦٢).
(٧) «المغني» (٥/ ٢٦٢).

٢٢٠٠ **اخْتَلَفُوا** فِيمَا يَنْفَسِخُ بِهِ:

فَذَهَبَ جَمَاعَةُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ؛ مَالِكٌ[١]، وَالشَّافِعِيُّ[٢]، وَسُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ[٣]، وَأَبُو ثَوْرٍ[٤]، وَغَيْرُهُمْ، إِلَى أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ إِلَّا بِمَا تَنْفَسِخُ بِهِ الْعُقُودُ اللَّازِمَةُ مِنْ وُجُودِ الْعَيْبِ بِهَا أَوْ ذَهَابِ مَحِلِّ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ[٥]: يَجُوزُ فَسْخُ عَقْدِ الْإِجَارَةِ لِلْعُذْرِ الطَّارِئِ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ، مِثْلُ أَنْ يُكْرِيَ دُكَّانًا يَتَّجِرُ فِيهِ فَيَحْتَرِقُ مَتَاعُهُ أَوْ يُسْرَقُ.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]؛ لِأَنَّ الْكِرَاءَ عَقْدٌ عَلَى مَنَافِعَ فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مُعَاوَضَةٍ فَلَمْ يَنْفَسِخْ، أَصْلُهُ الْبَيْعُ.

وَعُمْدَةُ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ شِبْهُ ذَهَابِ مَا بِهِ تُسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةُ بِذَهَابِ الْعَيْنِ الَّتِي فِيهَا الْمَنْفَعَةُ.

[٢٢٠٠/أ] وَقَدِ اخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ إِذَا كَانَ الْكِرَاءُ فِي غَيْرِ[٦] مَخْصُوصٍ عَلَى اسْتِيفَاءِ مَنْفَعَةٍ مِنْ جِنْسٍ مَخْصُوصٍ:

فَقَالَ عَبْدُ الْوَهَّابِ[٧]: الظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِ أَصْحَابِنَا، أَنَّ مَحِلَّ اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْإِجَارَةِ، وَإِنْ عُيِّنَ فَذَلِكَ كَالْوَصْفِ لَا يَنْفَسِخُ بِبَيْعِهِ أَوْ ذَهَابِهِ، بِخِلَافِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ إِذَا تَلِفَتْ.

قَالَ: وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى رِعَايَةِ غَنَمٍ بِأَعْيَانِهَا، أَوْ خِيَاطَةِ قَمِيصٍ بِعَيْنِهِ، فَتَهْلِكَ الْغَنَمُ وَيَحْتَرِقَ الثَّوْبُ فَلَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ، وَعَلَى الْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْتِيَه بِغَنَمٍ مِثْلِهَا لِيَرْعَاهَا، وقَمِيصٍ مِثْلِهِ لِيَخِيطَهُ.

---

(١) «القوانين الفقهية» (ص١٩٠).
(٢) «تحفة المحتاج» (٦/ ١٦٤)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٢٩٩).
(٣) «الاستذكار» (٦/ ٤٧٧).
(٤) «الاستذكار» (٦/ ٤٧٧).
(٥) «بدائع الصنائع» (٤/ ١٧٩)، «العناية شرح الهداية» (٩/ ١٤٤).
(٦) في (أ): «عين».
(٧) «عيون المسائل» (٦/ ٤٧٧).

قَالَ: وقَدْ قِيلَ: إِنَّهَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فَيَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِتَلَفِ الْمَحِلِّ.

[٢٢٠٠/ب] وَقَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ: إِنَّ ذَلِكَ فِي الْمَذْهَبِ لَيْسَ اخْتِلَافًا؛ وَإِنَّمَا ذَلِكَ عَلَى قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ الْمَحِلُّ الْمُعَيَّنُ لِاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ مِمَّا يُقْصَدُ عَيْنُهُ، أَوْ مِمَّا لَا يُقْصَدُ عَيْنُهُ.

فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُقْصَدُ عَيْنُهُ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ كَالظِّئْرِ (إِذَا مَاتَ الطِّفْلُ)[١].

وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقْصَدُ عَيْنُهُ، لَمْ تَنْفَسِخِ الْإِجَارَةُ عَلَى رِعَايَةِ الْغَنَمِ [ب/ ٣٤٣ظ] بأعيانها أَوْ بَيْعِ طَعَامٍ فِي حَانُوتٍ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

وَاشْتِرَاطُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي «الْمُدَوَّنَةِ»[٢] أَنَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَ عَلَى غَنَمٍ بِأَعْيَانِهَا، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْخَلَفَ؛ هُوَ الْتِفَاتٌ مِنْهُ إِلَى أَنَّهَا تَنْفَسِخُ بِذَهَابِ مَحِلِّ الاسْتِيفَاءِ[٣]، لَكِنْ لَمَّا رَأَى التَّلَفَ سَائِقًا إِلَى الْفَسْخِ رَأَى أَنَّهُ مِنْ بَابِ الْغَرَرِ، فَلَمْ يَجُزِ الْكِرَاءُ عَلَيْهَا إِلَّا بِاشْتِرَاطِ الْخَلَفِ.

وَمِنْ نَحْوِ هَذَا:

٢٢٠١ **اخْتِلَافُهُمْ** فِي هَلْ يَنْفَسِخُ الْكِرَاءُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ - أَعْنِي: الْمُكْرِي وَالْمُكْتَرِيَ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٤]، وَالشَّافِعِيُّ[٥]، وَأَحْمَدُ[٦]، [أ/ ٣٩٢ظ] وَإِسْحَاقُ[٧]، وَأَبُو ثَوْرٍ[٨]: لَا يَنْفَسِخُ وَيُورَثُ عَقْدُ الْكِرَاءِ.

---

(١) مكانها بياض في (م).
(٢) «المدونة» (٤/ ٥٠٩).
(٣) في (أ): «الاستيفاء المعين».
(٤) «التاج والإكليل» (٤/ ٤١٨)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٣).
(٥) «مغني المحتاج» (٢/ ٣٥٦)، تحفة المحتاج (٦/ ١٨٧)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٣١٧).
(٦) «الفروع (٤/ ٤٤٢)، «الإنصاف» (٦/ ٦٤)، «المغني» (٥/ ٢٧١).
(٧) «الاستذكار» (٦/ ٣٤٢).
(٨) «الاستذكار» (٦/ ٣٤٢).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١]، وَالثَّوْرِيُّ[٢]، وَاللَّيْثُ[٣]: يَنْفَسِخُ.

وَعُمْدَةُ مَنْ لَمْ يَقُلْ بِالْفَسْخِ:

أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فَلَمْ يَنْفَسِخْ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَصْلُهُ الْبَيْعُ.

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ:

أَنَّ الْمَوْتَ نقلَه لِأَصلِ الرَّقَبَةِ الْمُكْتَرَاةِ مِنْ (ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ)[٤]، فَوَجَبَ أَنْ يَبْطُلَ[٥]، أَصْلَهُ: الْبَيْعُ فِي الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ مُدَّةً طَوِيلَةً - أَعْنِي: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، فَلَمَّا كَانَ لَا يَجْتَمِعُ الْعَقْدَانِ مَعًا - غَلَبَ هَاهُنَا انْتِقَالُ الْمِلْكِ، وَإِلَّا بَقِيَ الْمِلْكُ لَيْسَ لَهُ وَارِثٌ، وَذَلِكَ خِلَافُ الْإِجْمَاعِ.

وَرُبَّمَا شَبَّهُوا الْإِجَارَةَ بِالنِّكَاحِ؛ إِذْ كَانَ كِلَاهُمَا اسْتِيفَاءَ مَنَافِعَ، [م/٢٢٣و] وَالنِّكَاحُ يَبْطُلُ بِالْمَوْتِ.

وَهُوَ بَعِيدٌ.

وَرُبَّمَا احْتَجُّوا عَلَى الْمَالِكِيَّةِ فَقَطْ، بِأَنَّ الْأُجْرَةَ عِنْدَهُمْ تَسْتَحِقُّ جُزْءًا فَجُزْءًا بِقَدْرِ مَا يُقْبَضُ مِنَ الْمَنْفَعَةِ، قَالُوا: وَإِذا كَانَ هَذَا هَكَذَا:

فَإِنْ مَاتَ الْمَالِكُ وَبَقِيَتِ الْإِجَارَةُ، فَإِنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَسْتَوْفِي فِي مِلْكِ الْوَارِثِ حَقًّا بِمُوجِبِ عَقْدٍ فِي غَيْرِ مِلْكِ الْعَاقِدِ؛ وَذَلِكَ لَا يَصِحُّ.

وَإِنْ مَاتَ الْمُسْتَأْجِرُ، فَتَكُونُ الْأُجْرَةُ[٦] مُسْتَحَقَّةً عَلَيْهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَالْمَيِّتُ لَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِإِجْمَاعٍ بَعْدَ مَوْتِهِ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيَّةُ: فَلَا يَلْزَمُهُمْ هَذَا؛ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْأُجْرَةِ عِنْدَهُمْ بِنَفْسِ الْعَقْدِ عَلَى مَا سَلَفَ مِنْ ذَلِكَ.

---

(١) «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٢٢)، «تبيين الحقائق» (٥/ ١٤٤).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٣٤٢). (٣) «الاستذكار» (٦/ ٣٤٢).

(٤) في (م): «ملك إلى ملك». (٥) في (م): «تبطل».

(٦) كذا في (ب)، وفي بقية النسخ: «الإجارة».

وَعِنْدَ مَالِكٍ[١]: أَنَّ أَرْضَ الْمَطَرِ إِذَا أُكْرِيَتْ فَمَنَعَ الْقَحْطُ مِنْ زِرَاعَتِهَا، أَوْ زَرْعِهَا، فَلَمْ يَنْبُتِ الزَّرْعُ لِمَكَانِ الْقَحْطِ أَنَّ الْكِرَاءَ يَنْفَسِخُ، وَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَعْذَرَتْ بِالْمَطَرِ حَتَّى انْقَضَى زَمَنُ الزِّرَاعَةِ، فَلَمْ يَتَمَكَّنِ الْمُكْتَرِي مِنْ أَنْ يَزْرَعَهَا، وَسَائِرُ الْجَوَائِحِ الَّتِي تُصِيبُ الزَّرْعَ لَا تَحُطُّ عَنْهُ مِنَ الْكِرَاءِ شَيْئًا.

وَعِنْدَهُ: أَنَّ الْكِرَاءَ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِوَقْتٍ مَا أَنَّهُ إِنْ كَانَ ذَلِكَ الْوَقْتُ مَقْصُودًا مِثْلَ كِرَاءِ الرَّوَاحِلِ فِي أَيَّامِ الْحجِّ، فَغَابَ الْمُكْرِي عَنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ، أَنَّهُ يَنْفَسِخُ الْكِرَاءُ.

وإِنْ لَمْ يَكُنِ الْوَقْتُ مَقْصُودًا، فَإِنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ، (هَذَا كُلُّهُ عِنْدَهُ فِي الْكِرَاءِ الَّذِي يَكُونُ فِي الْأَعْيَانِ.

فَأَمَّا الْكِرَاءُ الَّذِي يَكُونُ فِي الذِّمَّةِ:

فَإِنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ)[٢] [ب/٣٤٤و] عِنْدَهُ بِذَهَابِ الْعَيْنِ الَّتِي قَبَضَ الْمُسْتَأْجِرُ لِيَسْتَوْفِيَ مِنْهَا الْمَنْفَعَةَ؛ إِذْ كَانَ لَمْ يَنْعَقِدِ الْكِرَاءُ عَلَى عَيْنٍ بِعَيْنِهَا، وَإِنَّمَا انْعَقَدَ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ.

وَفُرُوعُ هَذَا الْبَابِ أيضًا كَثِيرَةٌ، وَأُصُولُهُ هِيَ هَذِهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا.

الْفَصْلُ الثَّانِي:

وَهُوَ النَّظَرُ فِي الضَّمَانِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ عَلَى وَجْهَيْنِ:

بِالتَّعَدِّي.

أَوْ لِمَكَانِ الْمَصْلَحَةِ وَحِفْظِ الْأَمْوَالِ.

فَأَمَّا بِالتَّعَدِّي:

فَيَجِبُ عَلَى الْمُكْرِي **بِاتِّفَاقٍ**.

وَالْخِلَافُ إِنَّمَا هُوَ فِي نَوْعِ التَّعَدِّي [أ/٣٩٣و] الَّذِي يُوجِبُ ذَلِكَ أَوْ لَا يُوجِبُهُ وَفِي قَدْرِهِ:

---

(١) «القوانين الفقهية» (ص١٩٢).

(٢) ما بين القوسين ليس في (م).

٢٢٠٢ فَمِنْ ذَلِكَ **اخْتِلَافُ الْعُلَمَاءِ** فِي الْقَضَاءِ فِيمَنِ اكْتَرَى دَابَّةً إِلَى مَوْضِعٍ مَا فَتَعَدَّى بِهَا إِلَى مَوْضِعٍ زَائِدٍ عَلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي انْعَقَدَ عَلَيْهِ الْكِرَاءُ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١)، وَأَحْمَدُ(٢): عَلَيْهِ(٣) الْكِرَاءُ الَّذِي الْتَزَمَهُ إِلَى الْمَسَافَةِ الْمُشْتَرَطَةِ، وَمِثْلُ كِرَاءِ الْمَسَافَةِ الَّتِي تَعَدَّى فِيهَا(٤).

وَقَالَ مَالِكٌ(٥): رَبُّ الدَّابَّةِ بِالْخِيَارِ، فِي أَنْ يَأْخُذَ كِرَاءَ دَابَّتِهِ فِي الْمَسَافَةِ الَّتِي تَعَدَّى فِيهَا(٦)، أَوْ يَضْمَنَ لَهُ قِيمَةَ الدَّابَّةِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٧): لَا كِرَاءَ عَلَيْهِ فِي الْمَسَافَةِ الْمُتَعَدَّاةِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهَا إِذَا تَلِفَتْ فِي الْمَسَافَةِ الْمُتَعَدَّاةِ أَنَّهُ ضَامِنٌ لَهَا.

فَعُمْدَةُ الشَّافِعِيِّ: أَنَّهُ تَعَدَّى عَلَى الْمَنْفَعَةِ، فَلَزِمَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ، أَصْلُهُ التَّعَدِّي عَلَى(٨) سَائِرِ الْمَنَافِعِ.

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَكَأَنَّهُ لَمَّا حَبَسَ الدَّابَّةَ عَنْ أَسْوَاقِهَا، رَأَى أَنَّهُ قَدْ تَعَدَّى عَلَيْه فِيهَا نَفْسِهَا(٩) فَشَبَّهَهُ بِالْغَاصِبِ.

وَفِيهِ ضَعْفٌ.

وَأَمَّا **مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ فَبَعِيدٌ جِدًّا** عَمَّا تَقْتَضِيهِ الْأُصُولُ الشَّرْعِيَّةُ.

وَالْأَقْرَبُ إِلَى الْأُصُولِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ هُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ.

---

(١) «الأم» (٤/ ٣٥).
(٢) «الفروع» (٤/ ٤٤١)، «كشاف القناع» (٤/ ٢٥، ٢٦)..
(٣) مكانها بياض في (م). (٤) من (م).
(٥) «الاستذكار» (٧/ ١٤٤)، «القوانين الفقهية» (ص١٩٢)، «شرح الخرشي (٧/ ١٦).
(٦) من (م).
(٧) «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٨٥)، «غمز عيون البصائر» (٣/ ١٣٩)، «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٠١).
(٨) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «في».
(٩) كذا في (م)، وفي (أ): «بنفسه»، وفي (ب): «بنفسها».

وَعِنْدَ مَالِكٍ[(١)]: أَنَّ (عِثَارَ الدَّابَّةِ لَوْ كَانَتْ عَثُورًا)[(٢)] تَعَدٍّ مِنْ صَاحِبِ الدَّابَّةِ يَضْمَنُ بِهَا الْحَمْلَ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتِ الْحِبَالُ رَثَّةً، وَمَسَائِلُ هَذَا الْبَابِ كَثِيرَةٌ.

وَأَمَّا الَّذِينَ اخْتَلَفُوا فِي ضَمَانِهِمْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ إِلَّا مِنْ جِهَةِ الْمَصْلَحَةِ: فَهُمُ الصُّنَّاعُ.

٢٢٠٣ **وَلَا خِلَافَ عِنْدَهُمْ** أَنَّ الْأَجِيرَ لَيْسَ بِضَامِنٍ لِمَا هَلَكَ عِنْدَهُ مِمَّا اسْتُؤْجِرَ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى ـ مَا عَدَا حَامِلَ الطَّعَامِ، فَإِنَّ مَالِكًا ضَمَّنَهُ مَا هَلَكَ عِنْدَهُ، إِلَّا أَنْ تَقُومَ لَهُ بَيِّنَةٌ عَلَى هَلَاكِهِ مِنْ غَيْرِ سَبَبِهِ.

٢٢٠٤ وَأَمَّا تَضْمِينُ الصُّنَّاعِ مَا ادَّعَوْا هَلَاكَهُ مِنَ الْمَصْنُوعَاتِ الْمَدْفُوعَةِ إِلَيْهِمْ، **فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ**:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٣)]، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى[(٤)]، وَأَبُو يُوسُفَ[(٥)]: يَضْمَنُونَ مَا هَلَكَ عِنْدَهُمْ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٦)]: لَا يَضْمَنُ مَنْ عَمِلَ بِغَيْرِ أَجْرٍ، وَلَا الْخَاصُّ، وَيَضْمَنُ الْمُشْتَرَكُ، وَمَنْ عَمِلَ بِأَجْرٍ.

وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ فِي الْمُشْتَرَكِ[(٧)].

وَالْخَاصُّ عِنْدَهُمْ: [ب/٣٤٤ظ] هُوَ الَّذِي يَعْمَلُ فِي مَنْزِلِ الْمُسْتَأْجِرِ.

وَقِيلَ: هُوَ الَّذِي لَمْ[(٨)] يَنْتَصِبْ لِلنَّاسِ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ[(٩)]

---

(١) «القوانين الفقهية» (ص١٩٣). (٢) في (م): «عثور الدابة».

(٣) «المقدمات» (٢/ ٢٤٣)، «مواهب الجليل» (٧/ ٥٥٩).

(٤) «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٥٢)، «فتح القدير» (٧/ ٢٠١).

(٥) «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٥٢)، «فتح القدير» (٧/ ٢٠١).

(٦) «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٥٢)، «فتح القدير» (٧/ ٢٠١).

(٧) «الحاوي» (٩/ ٢٥٤)، «البيان» (٧/ ٣٨٤).
وهو مذهب الحنابلة: «الإنصاف» (٦/ ٦٧)، «كشاف القناع» (٤/ ٣٣).

(٨) من (ب).

(٩) «القوانين الفقهية» (ص٢٤٥)، «الذخيرة»، للقرافي (٦/)، «شرح الخرشي» (٦/).

فِي الْخَاصِّ(١)، وَهُوَ عِنْدَهُ غَيْرُ ضَامِنٍ.

[٢٢٠٤/...] وَتَحْصِيلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ عَلَى هَذَا:

أَنَّ الصَّانِعَ [م/٢٢٣ظ] الْمُشْتَرَكَ يَضْمَنُ، وَسَوَاءٌ عَمِلَ بِأَجْرٍ أَوْ بِغَيْرِ أَجْرٍ.

وَبِتَضْمِينِ الصُّنَّاعِ:

قَالَ عَلِيٌّ وَعُمَرُ، وَإِنْ كَانَ قَدِ اخْتُلِفَ عَنْ عَلِيٍّ فِي ذَلِكَ(٢).

وَعُمْدَةُ مَنْ لَمْ يَرَ الضَّمَانَ عَلَيْهِمْ:

أَنَّهُ شَبَّهَ الصَّانِعَ بِالْمُودَعِ عِنْدَهُ، وَالشَّرِيكِ، وَالْوَكِيلِ، وَأَجِيرِ الْغَنَمِ.

وَمَنْ ضَمَّنَهُ: فَلَا دَلِيلَ لَهُ إِلَّا النَّظَرُ إِلَى الْمَصْلَحَةِ وَسَدِّ الذَّرِيعَةِ.

وَأَمَّا مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ أَنْ يَعْمَلُوا بِأَجْرٍ أَوْ لَا يَعْمَلُوا:

فَلِأَنَّ الْعَامِلَ بِغَيْرِ أَجْرٍ إِنَّمَا قَبَضَ الْمَعْمُولَ لِمَنْفَعَةِ صَاحِبِهِ فَقَطْ، فَأَشْبَهَ الْمُودَعَ، وَإِذَا قَبَضَهَا بِأَجْرٍ [أ/٣٩٣ظ] فَالْمَنْفَعَةُ لِكِلَيْهِمَا، فَغَلَبَتْ مَنْفَعَةُ الْقَابِضِ، أَصْلُهُ: الْقَرْضُ وَالْعَارِيَةُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ(٣).

وَكَذَلِكَ أَيْضًا مَنْ لَمْ يَنْصِبْ نَفْسَهُ لَمْ يَكُنْ فِي تَضْمِينِهِ سَدُّ ذَرِيعَةٍ.

وَالْأَجِيرُ عِنْدَ مَالِكٍ ـ كَمَا قُلْنَا ـ لَا يَضْمَنُ، إِلَّا أَنَّهُ اسْتَحْسَنَ تَضْمِينَ الْقُوتِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَاهُ، وَكَذَلِكَ الطَّحَّانُ، وَمَا عَدَا غَيْرَهُمْ: فَلَا يَضْمَنُ إِلَّا بِالتَّعَدِّي، وَصَاحِبُ الْحَمَّامِ لَا يَضْمَنُ ـ عِنْدَهُ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ عَنْهُ(٤).

وَقَدْ قِيلَ: يَضْمَنُ(٥).

---

(١) «حاشية الدسوقي» (٥/ ٣٧٥)، «المقدمات» (٢/ ٢٤٣).

(٢) ينظر: «الإشراف»، لابن المنذر (٦/ ٣١٤).

(٣) «البيان» (٧/ ٣٨٤).

وهو مذهب الحنابلة: «الإنصاف» (٦/ ٦٧)، «كشاف القناع» (٤/ ٣٣).

(٤) «حاشية الدسوقي» (٥/ ٣٧٥)، «المقدمات» (٢/ ٢٤٣).

(٥) «الذخيرة» (٥/ ٥٠٤)، «المقدمات» (٢/ ٢٤٣).

وَشَذَّ أَشْهَبُ[(١)][(٢)] فَضَمَّنَ الصُّنَّاعَ مَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى هَلَاكِهِ عِنْدَهُمْ، مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ مِنْهُمْ وَلَا تَفْرِيطٍ.

وَهُوَ شُذُوذٌ.

٢٢٠٥ وَلَا خِلَافَ أَنَّ الصُّنَّاعَ لَا يَضْمَنُونَ مَا لَمْ يَقْبِضُوا فِي مَنَازِلِهِمْ.

[.../٢٢٠٥] وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ[(٣)] إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى هَلَاكِ الْمَصْنُوعِ، وَسَقَطَ الضَّمَانُ عَنْهُمْ؛ هَلْ تَجِبُ لَهُمُ الْأُجْرَةُ أَمْ لَا، إِذَا كَانَ هَلَاكُهُ بَعْدَ تَمَامِ الصَّنْعَةِ أَوْ بَعْدَ تَمَامِ بَعْضِهَا؟

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[(٤)]: لَا أُجْرَةَ لَهُمْ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ[(٥)]: لَهُمُ الْأُجْرَةُ.

وَوَجْهُ مَا قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: أَنَّ الْمُصِيبَةَ إِنَّمَا نَزَلَتْ بِالْمُسْتَأْجِرِ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَمْضِيَ عَمَلُ الصَّانِعِ بَاطِلًا.

وَوَجْهُ مَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: أَنَّ الْأُجْرَةَ إِنَّمَا اسْتُوجِبَتْ فِي مُقَابَلَةِ الْعَمَلِ، فَأَشْبَهَ ذَلِكَ إِذَا هَلَكَ بِتَفْرِيطٍ مِنَ الْأَجِيرِ.

(وَقَوْلُ ابْنِ الْمَوَّازِ أَقْيَسُ)[(٦)].

وَقَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ أَكْثَرُ نَظَرًا إِلَى الْمَصْلَحَةِ؛ لِأَنَّهُ رَأَى أَنْ يَشْتَرِكُوا[(٧)] فِي الْمُصِيبَةِ.

٢٢٠٦ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ اخْتِلَافُهُمْ فِي ضَمَانِ صَاحِبِ السَّفِينَةِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٨)]: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

---

(١) في (م): «ابن وهب».

(٢) «حاشية الدسوقي» (٥/ ٣٧٥)، «المقدمات» (٢/ ٢٤٣).

(٣) «الفواكه الدواني (٢/ ١١٧)، «مواهب الجليل» (٥/ ٤٣١، ٤٣٢)، «منح الجليل» (٧/ ٥٠٨).

(٤) «التاج والإكليل» (٥/ ٣٩٣).

(٥) «التاج والإكليل» (٥/ ٣٩٣).

(٦) ليس في (م).

(٧) في (أ): «يشركوا».

(٨) «القوانين الفقهية» (ص١٩٤)، «مواهب الجليل» (٥/ ٤٣٢).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١): عَلَيْهِ الضَّمَانُ إِلَّا مِنَ الْمَوْجِ.

وَأَصْلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ: أَنَّ الصُّنَّاعَ يَضْمَنُونَ كُلَّ مَا أَتَى عَلَى أَيْدِيهِمْ مِنْ حَرْقٍ، أَوْ كَسْرٍ فِي الْمَصْنُوعِ، [ب/٣٤٥و] أَوْ قَطْعٍ إِذَا عَمِلَهُ فِي حَانُوتِهِ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ قَاعِدًا مَعَهُ، إِلَّا فِيمَا كَانَ فِيهِ تَغْرِيرٌ مِنَ الْأَعْمَالِ، مِثْلُ ثَقْبِ اللُّؤْلُؤِ، وَنَقْشِ الْفُصُوصِ، وَتَقْوِيمِ السُّيُوفِ، وَاحْتِرَاقِ الْخُبْزِ عِنْدَ الْفَرَّانِ، وَالطَّبِيبِ يَمُوتُ الْعَلِيلُ مِنْ مُعَالَجَتِهِ، وَكَذَلِكَ الْبَيْطَارُ، إِلَّا أَنْ يُعْلَمَ أَنَّهُ تَعَدَّى فَيَضْمَنُ حِينَئِذٍ.

وَأَمَّا الطَّبِيبُ أشبهه إذا أخطأ في فعله وكان أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ: فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي النَّفْسِ، وَالدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِيمَا فَوْقَ الثُّلُثِ وَفِي أَشْبَهَهُ إِذَا أَخْطَأَ فِي فِعْلِهِ، وَكَانَ مَاله فِيمَا دُونَ الثُّلُثِ.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ: فَعَلَيْهِ الضَّرْبُ، وَالسَّجْنُ، وَالدِّيَةُ، قِيلَ: فِي مَالِهِ، وَقِيلَ: عَلَى عَاقِلَتِهِ.

الْفَصْلُ الثَّالِثُ:

وَهُوَ النَّظَرُ فِي الِاخْتِلَافِ.

وَفِي هَذَا الْبَابِ أَيْضًا مَسَائِلُ:

٢٢٠٧ فَمِنْهَا:

أَنَّهُمُ **اخْتَلَفُوا** إِذَا اخْتَلَفَ الصَّانِعُ، وَرَبُّ الْمَصْنُوعِ فِي صِفَةِ الصَّنْعَةِ:

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٢): الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَصْنُوعِ.

وَقَالَ مَالِكٌ(٣)، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى(٤): الْقَوْلُ قَوْلُ الصَّانِعِ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ مَنِ الْمُدَّعِي مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ، وَمَنِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

---

(١) «تبيين الحقائق» (٥/ ١٣٥)، «الهداية شرح البداية» (٣/ ٢٤٤).

(٢) «بدائع الصنائع» (٤/ ٢١٠)، «البحر الرائق» (٨/ ٩)، «المبسوط» (١٥/ ١٦٩).

(٣) «التاج والإكليل» (٥/ ٤٢٧).

(٤) «المبسوط» (١٥/ ١٦٩).

٢٢٠٨ وَمِنْهَا:

[أ/ ٣٩٤و] إِذَا ادَّعَى الصُّنَّاعُ رَدَّ مَا اسْتُصْنِعُوا فِيهِ، وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الدَّافِعُ: فَالْقَوْلُ عِنْدَ مَالِكٍ(١) قَوْلُ الدَّافِعِ، وَعَلَى الصُّنَّاعِ الْبَيِّنَةُ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا ضَامِنِينَ لِمَا فِي أَيْدِيهِمْ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ(٢): الْقَوْلُ قَوْلُ الصُّنَّاعِ، إِنْ كَانَ مَا دُفِعَ إِلَيْهِمْ دُفِعَ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ، وَإِنْ كَانَ دُفِعَ إِلَيْهِمْ بِبَيِّنَةٍ فَلَا يَبْرَأُونَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ.

٢٢٠٩ وَإِذَا اخْتَلَفَ الصَّانِعُ وَرَبُّ الْمَتَاعِ فِي دَفْعِ الْأُجْرَةِ:

فَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ(٣): أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الصَّانِعِ (مَعَ يَمِينِهِ ـ إِنْ قَامَ بِحِدْثَانِ ذَلِكَ.

وَإِنْ تَطَاوَلَ: فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَصْنُوعِ.

[٢٢٠٩/أ] وَكَذَلِكَ إِذَا اخْتَلَفَ الْمُكْرِي [م/ ٢٢٤و] وَالْمُكْتَرِي.

وَقِيلَ: بَلِ الْقَوْلُ قَوْلُ الصَّانِعِ)(٤)، وَقَوْلُ الْمُكْرِي(٥)، وَإِنْ طَالَ، وَهُوَ الْأَصْلُ.

[٢٢٠٩/ب] وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُكْرِي وَالْمُكْتَرِي، أَوِ الْأَجِيرُ وَالْمُسْتَأْجِرُ فِي مُدَّةِ الزَّمَانِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ، إِذَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْمَنْفَعَةَ لَمْ تُسْتَوْفَ فِي جَمِيعِ الزَّمَانِ الْمَضْرُوبِ فِي ذَلِكَ:

فَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُكْتَرِي وَالْمُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّهُ الْغَارِمُ، وَالْأُصُولُ عَلَى أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْغَارِمِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ(٦): الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْرِي وَالْمُسْتَأْجِرِ إِذَا كَانَتِ الْعَيْنُ الْمُسْتَوْفَاةُ مِنْهَا الْمَنَافِعُ فِي قَبْضِهِ، مِثْلَ الدَّارِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

---

(١) «التاج والإكليل» (٥/ ٤٢٧)، «مواهب الجليل» (٥/ ٤٢٨)، «الذخيرة» (٥/ ٥٠٧).
(٢) «التاج والإكليل» (٥/ ٤٢٧)، «مواهب الجليل» (٥/ ٤٢٨).
(٣) «التاج والإكليل» (٥/ ٤٢٧)، «الذخيرة» (٥/ ٥٠٨).
(٤) ما بين القوسين ليس في (ب). (٥) في (م): «المكتري».
(٦) «التاج والإكليل» (٥/ ٤٢٧)، «الذخيرة» (٥/ ٣٩٢).

وَأَمَّا مَا لَمْ يَكُنْ فِي قَبْضِهِ مِثْلَ الْأَجِيرِ: فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَجِيرِ.

وَمِنْ مَسَائِلِ الْمَذْهَبِ الْمَشْهُورَةِ فِي هَذَا الْبَابِ:

اخْتِلَافُ الْمُتَكَارِيَيْنِ فِي الدَّوَابِّ والرَّوَاحِلِ.

وَذَلِكَ أَنَّ اخْتِلَافَهُمَا لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ فِي قَدْرِ الْمَسَافَةِ، أَوْ فِي نَوْعِهَا، أَوْ فِي قَدْرِ الْكِرَاءِ أَوْ فِي نَوْعِهِ:

٢٢١٠ فَإِنْ كَانَ **اخْتِلَافُهُمَا** فِي نَوْعِ الْمَسَافَةِ، أَوْ فِي نَوْعِ الْكِرَاءِ:

فَالتَّحَالُفُ وَالتَّفَاسُخُ كَاخْتِلَافِ [ب/ ٣٤٥ظ] الْمُتَبَايِعَيْنِ فِي نَوْعِ الثَّمَنِ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[١]: انْعَقَدَ أَوْ لَمْ يَنْعَقِدْ.

وَقَالَ غَيْرُهُ: الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الدَّابَّةِ إِذَا انْعَقَدَ، وَكَانَ يُشْبِهُ مَا قَالَ[٢].

٢٢١١ وَإِنْ كَانَ اخْتِلَافُهُمَا فِي قَدْرِ الْمَسَافَةِ:

فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الرُّكُوبِ، أَوْ بَعْدَ رُكُوبٍ يَسِيرٍ، فَالتَّحَالُفُ وَالتَّفَاسُخُ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ رُكُوبٍ كَثِيرٍ، أَوْ بُلُوغِ الْمَسَافَةِ الَّتِي يَدَّعِيهَا رَبُّ الدَّابَّةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الدَّابَّةِ فِي الْمَسَافَةِ إِنِ انْتَقَدَ، وَكَانَ يُشْبِهُ مَا قَالَ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَقِدْ وَأَشْبَهَ قَوْلَهُ تَحَالَفَا، وَيُفْسَخُ الْكِرَاءُ عَلَى أَعْظَمِ الْمَسَافَتَيْنِ، فَمَا حصل مِنْهُ لِلْمَسَافَةِ الَّتِي ادَّعَاهَا رَبُّ الدَّابَّةِ أُعْطِيَهُ، وَكَذَلِكَ إِنِ انْتَقَدَ وَلَمْ يُشْبِهْ قَوْلَهُ[٣].

[٢٢١١/أ] وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ، وَاتَّفَقَا عَلَى الْمَسَافَةِ:

فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكْتَرِي نَقَدَ أَوْ لَمْ يَنْقُدْ؛ لِأَنَّهُ مُدَّعًى [أ/ ٣٩٤ظ] عَلَيْهِ[٤].

[٢٢١١/ب] وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا - فِي الْمَسَافَةِ، وَالثَّمَنِ - مِثْلَ أَنْ يَقُولَ (ربُّ الدَّابَّة بِقُرْطُبَةَ: اكْتَرَيْتُ[٥] مِنْكَ إِلَى قَرْمُونَةَ بِدِينَارَيْنِ، وَيَقُولُ)[٦] الْمُكْتَرِي: بَلْ بِدِينَارٍ إِلَى إِشْبِيلِيَّةَ:

---

(١) «أسهل المدارك» (٢/ ٣٢٢).

(٢) ينظر: «الجامع لمسائل المدونة» (١٦/ ١٨٥).

(٣) «الذخيرة» (٥/ ٣٩٤).

(٤) «الذخيرة» (٥/ ٣٩١).

(٥) في (ب): «أكريت».

(٦) ما بين القوسين ليس في (م).

فَإِنْ كَانَ أَيْضًا قَبْلَ الرُّكُوبِ أَوْ بَعْدَ رُكُوبٍ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِمَا فِي الرُّجُوعِ تَحَالَفَا، وَتَفَاسَخَا[١]، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ سَيْرٍ كَثِيرٍ أَوْ بُلُوغِ الْمَسَافَةِ الَّتِي يَدَّعِيهَا رَبُّ الدَّابَّةِ:

فَإِنْ كَانَ لَمْ يَنْقُدِ الْمُكْتَرِي شَيْئًا:

كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ رَبِّ الدَّابَّةِ فِي الْمَسَافَةِ، وَالْقَوْلُ قَوْلَ الْمُكْتَرِي فِي الثَّمَنِ، وَيُغَرَّمُ مِنَ الثَّمَنِ مَا يَجِبُ لَهُ[٢] مِنْ قُرْطُبَةَ إِلَى قَرْمُونَةَ، عَلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْكِرَاءُ بِهِ إِلَى إِشْبِيلِيَّةَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ أشبه قَوْل الْمُكْتَرِي، (وَإِنْ لَمْ يُشْبِهْ مَا قَالَ[٣] رَبُّ الدَّابَّةِ غُرِّمَ دِينَارَيْنِ[٤].

وَإِنْ كَانَ الْمُكْتَرِي)[٥] نَقَدَ الثَّمَنَ الَّذِي يَدَّعِي أَنَّهُ لِلْمَسَافَةِ الْكُبْرَى، وَأَشْبَهَ قَوْلَ رَبِّ الدَّابَّةِ (كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ رَبِّ الدَّابَّةِ)[٦] فِي الْمَسَافَةِ، وَيَبْقَى لَهُ ذَلِكَ الثَّمَنُ الَّذِي قَبَضَهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنْهُ؛ إِذْ هُوَ مُدَّعًى عَلَيْهِ فِي بَعْضِهِ، وَهُوَ يَقُولُ: بَلْ هُوَ لِي وَزِيَادَةٌ، فَيَقْبَلُ قَوْلَهُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي الزِّيَادَةِ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ مَا لَمْ يُقَرَّبْ بِهِ مِنَ الْمَسَافَةِ أَشْبَهَ مَا قَالَ، أَوْ لَمْ يُشْبِهْ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُشْبِهْ قَبَضَ[٧] الْكِرَاءُ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ الْمُكْتَرِي عَلَى الْمَسَافَةِ، فَيَأْخُذُ رَبُّ الدَّابَّةِ مِنْ ذَلِكَ مَا نَابَ الْمَسَافَةَ الَّتِي ادَّعَاهَا[٨].

وَهَذَا الْقَدْرُ كَافٍ فِي هَذَا الْكِتَابِ[٩].

(تَمَّ، وَالْحَمْدُ للهِ)[١٠].

❁ ❁ ❁

---

(١) «الذخيرة» (٥/ ٣٩٤).
(٢) في (م): «عليه».
(٣) زاد بعدها في (م): «وأشبه ما قال».
(٤) «المقدمات» (٥/ ١٨٣).
(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٦) من (م).
(٧) مكانها بياض في (م).
(٨) «المقدمات» (٥/ ١٨٣).
(٩) في (م): «الباب».
(١٠) من (م)، وفي (أ): «انتهى».

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ)[١]
(صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)[٢]

كِتَابُ الْجُعْلِ

الْجُعْلُ:

هُوَ الْإِجَارَةُ عَلَى مَنْفَعَةٍ مَظْنُونٍ حُصُولُهَا، [ب/٣٤٦و] مِثْلَ مُشَارَطَةِ الطَّبِيبِ عَلَى الْبُرْءِ، [م/٢٢٤ظ] وَالْمُعَلِّمِ عَلَى الْحِذَاقِ، وَالنَّاشِدِ عَلَى وُجُودِ الْعَبْدِ الْآبِقِ.

٢٣١٢ وَقَدِ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي جَوَازِهِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٣]: يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْيَسِيرِ بِشَرْطَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ لَا يَضْرِبَ لِذَلِكَ أَجَلًا.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ مَعْلُومًا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]: لَا يَجُوزُ.

وَلِلشَّافِعِيِّ الْقَوْلَانِ[٥].

وَعُمْدَةُ مَنْ أَجَازَهُ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ۝٧٢﴾ [يوسف: ٧٢].

٢٣١٣ **وَإِجْمَاعُ الْجُمْهُورِ** عَلَى جَوَازِهِ فِي الْإِبَاقِ[٦] وَالضَّوَالِّ.

---

(١) ليست في (أ). (٢) من (م).
(٣) «المقدمات» (٢/ ١٦٣)، «مواهب الجليل» (٥/ ٤٥٢، ٤٥٣).
(٤) «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٢٨١) و (٦/ ٩٥)، «البحر الرائق» (٥/ ١٧٢)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٣ ـ ٢٠٥).
(٥) ينظر: «المهذب» (٢/ ٢٧١)، «مغني المحتاج» (٣/ ١٩٨).
(٦) في (أ): «الآبق»، وفي (م): «الآبار».

وَلِمَا جَاءَ فِي الْأَثَرِ مِنْ أَخْذِ الثَّمَنِ عَلَى الرُّقْيَةِ بِأُمِّ الْقُرْآنِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ.

وَعُمْدَةُ مَنْ مَنَعَهُ: الْغَرَرُ الَّذِي فِيهِ قِيَاسًا عَلَى سَائِرِ الْإِجَارَاتِ.

٢٢١٤ **وَلَا خِلَافَ** فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ[١] أَنَّ الْجُعْلَ لَا يُسْتَحَقُّ شَيْءٌ مِنْهُ إِلَّا بِتَمَامِ الْعَمَلِ[٢]، وَأَنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدٍ لَازِمٍ.

٢٢١٥ وَاخْتَلَفَ مَالِكٌ[٣]، وَأَصْحَابُهُ مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي كِرَاءِ السَّفِينَةِ؛ هَلْ هُوَ جُعْلٌ أَوْ إِجَارَةٌ؟

فَقَالَ مَالِكٌ[٤]: لَيْسَ لِصَاحِبِهَا كِرَاءٌ إِلَّا بَعْدَ الْبُلُوغِ[٥]، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ[٦]؛ ذَهَابًا[٧] إِلَى أَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ الْجُعْلِ.

وَقَالَ ابْنُ نَافِعٍ مِنْ أَصْحَابِهِ[٨]: لَهُ قَدْرُ مَا بَلَغَ مِنَ الْمَسَافَةِ، فَأَجْرَى [أ/ ٣٩٥و] حُكْمَهُ مُجْرَى[٩] الْكِرَاءِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ[١٠]: إِنْ لَجَجَ فَهُوَ جُعْلٌ، وَإِنْ لَمْ يَلْجَجْ فَهُوَ إِجَارَةٌ لَهُ بِحَسَبِ الْمَوْضِعِ الَّذِي وَصَلَ إِلَيْهِ.

وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْبَابِ:

فِي جَوَازِهِ.

وَمَحِلِّهِ.

وَشُرُوطِهِ.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ١٦٣)، «مواهب الجليل» (٥/ ٤٥٢، ٤٥٣).

(٢) في (أ): «الأجل».

(٣) «المقدمات» (٢/ ١٦٣)، «مواهب الجليل» (٥/ ٤٥٣).

(٤) «المقدمات» (٢/ ١٦٣)، «مواهب الجليل» (٥/ ٤٥٤).

(٥) في (م): «البلاغ».

(٦) «أسهل المدارك» (٢/ ٣٣٤).

(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ذهب».

(٨) «أسهل المدارك» (٢/ ٣٣٤).

(٩) في (م): «حكم».

(١٠) «أسهل المدارك» (٢/ ٣٣٤).

وَأَحْكَامِهِ.

وَمَحِلُّهُ:

هُوَ مَا كَانَ مِنَ الْأَفْعَالِ التي لَا يَنْتَفِعُ الْجَاعِلُ بِجُزْءٍ مِنْهُ[١]؛ لِأَنَّهُ إِذَا انْتَفَعَ الْجَاعِلُ بِجُزْءٍ مِمَّا عَمِلَ الْمُلْتَزِمُ لِلْجُعْلِ وَلَمْ يَأْتِ بِالْمَنْفَعَةِ الَّتِي انْعَقَدَ الْجُعْلُ عَلَيْهَا.

وَقُلْنَا عَلَى حُكْمِ الْجُعْلِ؛ لأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَأْتِ بِالْمَنْفَعَةِ الَّتِي انْعَقَدَ الْجُعْلُ عَلَيْهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ، فَقَدِ انْتَفَعَ الْجَاعِلُ بِعَمَلِ الْمَجْعُولِ مِنْ غَيرِ أَنْ يُعَوِّضَهُ مِنْ عَمَلٍ بِأَجْرٍ[٢]، وَذَلِكَ ظُلْمٌ؛

وَلِذَلِكَ يَخْتَلِفُ الْفُقَهَاءُ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْمَسَائِلِ هَلْ هُوَ جُعْلٌ أَوْ إِجَارَةٌ؟

مِثْلَ مَسْأَلَةِ السَّفِينَةِ الْمُتَقَدِّمَةِ، هَلْ هِيَ مِمَّا يَجُوزُ فِيهَا الْجُعْلُ، أَوْ لَا يَجُوزُ؟

مِثْلَ اخْتِلَافِهِمْ فِي الْمُجَاعَلَةِ عَلَى حَفْرِ الْآبَارِ، وَقَالُوا فِي الْمُغَارَسَةِ: إِنَّهَا تُشْبِهُ الْجُعْلَ مِنْ جِهَةٍ، (وَالْبَيْعَ مِنْ جِهَةٍ)[٣].

وَهِيَ عِنْدَ مَالِكٍ[٤]: أَنْ يُعْطِيَ الرَّجُلُ أَرْضَهُ لِرَجُلٍ عَلَى أَنْ يَغْرِسَ عَدَدًا مِنَ الثِّمَارِ مَعْلُومًا، فَإِذَا اسْتَحَقَّ الثمار كَانَ[٥] لِلْغَارِسِ جُزْءٌ مِنَ الْأَرْضِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ.

(كَمُلَ كِتَابُ الْجُعْلِ، بِحَمْدِ اللهِ)[٦].

۞ ۞ ۞

---

(١) في (م): «منها». (٢) في (م): «ناجز».

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) «التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب» (٧/ ٢٤٩).

(٥) مكانها بياض في (م).

(٦) في (م): «تم، والحمد لله وحده».

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)[١]

كِتَابُ الْقِرَاضِ

٢٢١٦ **وَلَا خِلَافَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ** فِي جَوَازِ الْقِرَاضِ، وَأَنَّهُ مِمَّا كَانَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَأَقَرَّهُ الْإِسْلَامُ[٢].

٢٢١٧ **وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ**[٣] صِفَتَهُ: أَنْ يُعْطِيَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ الْمَالَ عَلَى أنه يَتَّجِرَ بِهِ عَلَى جُزْءٍ مَعْلُوم (مِنَ الرِّبْحِ)[٤] يَأْخُذُهُ الْعَامِلُ مِنْ رِبْحِ الْمَالِ، أَيَّ جُزْءٍ كَانَ مِمَّا يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ ثُلُثًا، أَوْ رُبُعًا، أَوْ نِصْفًا[٥]، وَأَنَّ هَذَا مُسْتَثْنًى مِنَ الْإِجَارَةِ [ب/٣٤٦ظ]

---

(١) من (م).

(٢) حكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٨)، وابنُ حزم في «الإجماع» (ص٩٣)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ٣)، وابنُ هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٦)، والكاساني في «بدائع الصنائع»: (٦/ ٧٩)، وابنُ قُدامةَ في «المغني» (٨/ ١٣٣).

(٣) في (م): «أن من».

(٤) من (م).

(٥) انظر: «الكتاب مع شرحه اللباب» (١/ ١٩٨)، وفيه: «عقدٌ على الشركة بمالٍ من أحد الشريكين وعمل من الآخر.. ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعًا لا يستحق أحدهما منه دراهم مسماةً»، «البحر الرائق» (٧/ ٢٦٣)، وفيه: (هي شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب) فلو شرط كل الربح لأحدهما لا يكون مضاربة، ويجوز التفاوت في الربح».
و«الكافي»، لابن عبد البر (١/ ٣٨٤)، وفيه: «أن يدفع رجل إلى رجل دراهم أو دنانير ليتجر فيها، ويبتغي رزق الله فيها... فما أفاء الله في ذلك المال من ربح فهو بينهما على شرطهما نصفًا كان أو ثلثًا أو ربعًا أو جزءًا معلومًا»، «القوانين الفقهية» (ص١٨٦)، «شرح ميارة» (٢/ ٢١٥)..
و«المغني» (٥/ ١٣٤)، وفيه: «أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل ممن الربح بينهما حسب ما يشترطانه»، «الإنصاف» (٥/ ٣١٦).
=

الْمَجْهُولَةِ، وَأَنَّ الرُّخْصَةَ فِي ذَلِكَ إِنَّمَا هِيَ لِمَوْضِعِ الرِّفْقِ بِالنَّاسِ، وَأَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى الْعَامِلِ فِيمَا تَلِفَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ (إِذَا لَمْ يَتَعَدَّ)[1][2].

٢٢١٨ وَإِنْ كَانَ **اخْتَلَفُوا** فِيمَا هُوَ تَعَدٍّ مِمَّا لَيْسَ بِتَعَدٍّ.

٢٢١٩ وَكَذَلِكَ **أَجْمَعُوا** بِالْجُمْلَةِ عَلَى أَنَّهُ لَا يَقْتَرِنُ بِهِ شَرْطٌ، يَزِيدُ فِي مَجْهَلَةِ[3] الرِّبْحِ أَوْ فِي الْغَرَرِ الَّذِي فِيهِ[4].

= و«المحلى» (٨/ ٢٤٨)، وفيه: «ولا يجوز القراض إلا بأن يسمِّيا السهم الذي يتقارضان عليه من الربح، كسدس، أو ربع، أو ثلث، أو نصف، أو نحو ذلك، ويبيِّنا ما لكل واحد منهما من الربح؛ لأنه إن لم يكن هكذا لم يكن قراضًا».

(١) من (م).

(٢) حكى الإجماعَ: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ١٧)، والباجي في «المنتقى شرح الموطأ» (٣/ ٤٧٤).

(٣) في (م): «محله».

(٤) حكى الإجماعَ: المرداوي في «الإنصاف» (٥/ ٣١٣) فقال: «ما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد، مثل أن يشترط المضارب جزءًا من الربح مجهولًا، أو ربح أحد الكيسين، أو أحد الألفين أو أحد العبدين أو إحدى السفرتين، أو ما يربح في هذا الشهر ونحو ذلك، فهذا يفسد العقد بلا نزاع».

وفي «فتاوى السغدي» (١/ ٥٤٠)، وفيه: «فأما التي فسادها بشروط فاسدة فهي على خمسة أوجه: أحدها: أن يدفع الدراهم والدنانير إلى المضارب، ويشترط ربح صنف منها لأحدهما، وربح صنف للآخر»، وفي «تكملة حاشية رد المحتار» (٢/ ٤١٩)، وفيه: «يفسد المضاربة كل شرط يوجب جهالة الربح».

وفي «الاستذكار» (٧/ ٧): «لا يجوز القراض على جزء مجهول من الربح»، وانظر: «القوانين الفقهية» (ص١٨٦).

وفي «المهذب» (١/ ٣٨٥): «ولا يجوز إلا على جزء من الربح معلوم، فإن قارضه على جزء مبهم؛ لم يصح». وينظر: «الشرح الكبير للرافعي» (١٢/ ٧).

وفي «المغني» (٧/ ١٧٩): «الثاني [من الشروط الفاسدة]: ما يعود بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءًا من الربح مجهولًا، أو ربح أحد الكسبين، أو أحد الألفين أو أحد العبدين، أو ربح إحدى السفرتين، أو ما يربح في هذا الشهر، أو أن حق أحدهما في عبد يشتريه، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه..». =

٢٢٢٠ وَإِنْ كَانَ **اخْتَلَفُوا** فِيمَا يَقْتَضِي ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ مِمَّا لَا يَقْتَضِي.

٢٢٢١ وَكَذَلِكَ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ بِالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ(١).

٢٢٢٢ **وَاخْتَلَفُوا** فِي غَيْرِ ذَلِكَ.

وَبِالْجُمْلَةِ:

فَالنَّظَرُ فِيهِ فِي صِفَتِهِ، وَفِي مَحِلِّهِ، وَفِي شُرُوطِهِ(٢)، وَفِي أَحْكَامِهِ.

وَنَحْنُ نَذْكُرُ فِي بَابٍ بَابٍ مِنْ هَذِهِ ثَلَاثَةِ الْأَبْوَابِ مَشْهُورَاتِ مَسَائِلِهِ.

الْبَابُ الْأَوَّلُ:

فِي مَحِلِّهِ.

أَمَّا صِفَتُهُ:

فَقَدْ تَقَدَّمَتْ، وَأَنَّهُمْ أَجْمَعُوا عَلَيْهَا(٣).

وَأَمَّا مَحِلُّهُ:

٢٢٢٣ فَإِنَّهُمْ **أَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّهُ جَائِزٌ بِالدَّنَانِيرِ [أ/ ٣٩٥ظ] وَالدَّرَاهِمِ.

٢٢٢٤ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْعُرُوضِ:

(فَجُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْقِرَاضُ بِالْعُرُوضِ(٤)(٥). [م/ ٢٢٥و] وَجَوَّزَهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى(٦).

= و«المبدع شرح المقنع»: (٤/ ٢٧٠)، وفيه: «فإن لم يذكرا الربح أو شرطا لأحدهما جزءًا مجهولًا أو دراهم معلومة أو ربح أحد الثوبين لم يصح». «الإنصاف»: (٥/ ٣١٣).

(١) حكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٤٢).

(٢) في (م): «شرطه».

(٣) تقدم.

(٤) مذهب الحنفية: «البحر الرائق» (٦/ ١٦٩)، «المبسوط» (٢/ ٩٧١)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٠١).
مذهب المالكية: «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٩٥)، «مواهب الجليل» (٤/ ٥١٤).
مذهب الشافعية: «كفاية الأخيار» (١/ ٢٩٤)، «غاية البيان شرح زبد ابن رسلان» (ص١٩٠)، «أسنى المطالب» (٢/ ١٢٢).
مذهب الحنابلة: «مطالب أولي النهى» (٣/ ٥٨١)، «المغني» (٤/ ١٩٣).

(٥) ما بين القوسين ليس في (م).

(٦) «المغني» (٤/ ١٩٣).

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ رَأْسَ الْمَالِ إِذَا كَانَ عُرُوضًا كَانَ غَرَرًا؛ لِأَنَّهُ يَقْبِضُ الْعَرَضَ وَهُوَ يُسَاوِي [قِيمَةً مَا، وَيَرُدُّهُ وَهُوَ يُسَاوِي](١) قِيمَةً غَيْرَهَا، فَيَكُونُ رَأْسُ الْمَالِ وَالرِّبْحُ مَجْهُولًا.

٢٢٢٥ وَأَمَّا إِنْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ مَا بِهِ تُبَاعُ الْعُرُوضُ:

فَإِنَّ مَالِكًا(٢) مَنَعَهُ.

وَالشَّافِعِيُّ(٣) أَيْضًا.

وَأَجَازَهُ أَبُو حَنِيفَةَ(٤).

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ:

أَنَّهُ قَارَضَهُ عَلَى مَا بِيعَ بِهِ السِّلْعَةُ وَعَلَى بَيْعِ السِّلْعَةِ نَفْسِهَا، فَكَأَنَّهُ (قِرَاضٌ وَمَنْفَعَةٌ، مَعَ أَنَّ أَيْضًا مَا يَبِيعُ بِهِ السِّلْعَةَ مَجْهُولٌ، فَكَأَنَّهُ)(٥) قَارَضَهُ عَلَى رَأْسِ مَالٍ مَجْهُولٍ.

وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ أَيْضًا إِنَّمَا مَنَعَ الْمُقَارَضَةَ عَلَى قِيَمِ الْعُرُوضِ لِمَكَانِ مَا يَتَكَلَّفُ الْمُقَارِضُ فِي ذَلِكَ مِنَ الْبَيْعِ؛ وَحِينَئِذٍ يَنِضُّ رَأْسُ مَالِ الْقِرَاضِ.

وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْطَاهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ، وَلَكِنَّهُ أَقْرَبُ الْوُجُوهِ إِلَى الْجَوَازِ، وَلَعَلَّ هَذَا هُوَ الَّذِي جَوَّزَهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى، بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِهِمْ؛ فَإِنَّهُمْ حَكَوْا عَنْهُ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَ الرَّجُلُ ثَوْبًا يَبِيعُهُ(٦)، فَمَا كَانَ فِيهِ مِنْ رِبْحٍ فَهُوَ بَيْنَهُمَا، وَهَذَا إِنَّمَا هُوَ عَلَى أَنْ يَجْعَلَا أَصْلَ الْمَالِ الثَّمَنَ الَّذِي اشْتَرَى بِهِ الثَّوْبَ.

---

(١) سقط من (أ).

(٢) «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٩٥)، «مواهب الجليل» (٤/ ٥١٤).

(٣) «كفاية الأخيار» (١/ ٢٩٤)، «غاية البيان شرح زبد ابن رسلان» (ص١٩٠)، «أسنى المطالب» (٢/ ١٢٢).

(٤) «البحر الرائق» (٦/ ١٦٩)، «المبسوط» (٢/ ٩٧١)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٠١).

(٥) ما بين القوسين من (م).

(٦) في (م): «بعينه».

وَيُشْبِهُ أَيْضًا ـ إِنْ جَعَلَ رَأْسَ الْمَالِ الثَّمَنَ أَنْ يَتَّهِمَ الْمُقَارِضُ فِي تَصْدِيقِهِ رَبَّ الْمَالِ عَلَى أَخْذِ الْقِرَاضِ مِنْهُ.

٢٢٢٦ **وَاخْتَلَفَ** قَوْلُ مَالِكٍ[(١)] فِي الْقِرَاضِ بِالنَّقْدِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ:

فَرَوَى عَنْهُ أَشْهَبُ[(٢)] مَنْعَ ذَلِكَ.

وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ[(٣)] جَوَازَهُ، وَمَنَعَهُ فِي الْمَصُوغِ.

وَبِالْمَنْعِ فِي ذَلِكَ: قَالَ الشَّافِعِيُّ[(٤)]، وَالْكُوفِيُّ[(٥)].

فَمَنْ[(٦)] مَنَعَ الْقِرَاضَ بِالنَّقْدِ [ب/٣٤٧و] شَبَّهَهَا بِالْعُرُوضِ.

وَمَنْ أَجَازَهُ: شَبَّهَهَا بالدَّنَانِيرِ والدَّرَاهِمِ، لِقِلَّةِ اخْتِلَافِ أَسْوَاقِهَا.

٢٢٢٧ **وَاخْتَلَفَ** أَيْضًا أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي الْقِرَاضِ بِالْفُلُوسِ:

فَمَنَعَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ[(٧)].

وَأَجَازَهُ أَشْهَبُ[(٨)]، وَبِهِ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ[(٩)].

وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ: مَالِكٌ[(١٠)]، وَالشَّافِعِيُّ[(١١)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(١٢)]، عَلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ لَمْ يَجُزْ أَنْ يُعْطِيَهُ لَهُ قِرَاضًا قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ.

---

(١) «التاج والإكليل» (٧/ ٤٤٣)، «منح الجليل» (٧/ ٣٢٣)، «مواهب الجليل» (٤/ ٥١٤).
(٢) «الاستذكار» (٧/ ١١). (٣) «الاستذكار» (٧/ ١١).
(٤) «تحفة المحتاج» (٥/ ٣٧)، «أسنى المطالب» (٢/ ١٤١).
(٥) «الاستذكار» (٧/ ١١).
(٦) في (م): «من».
(٧) «الاستذكار» (٧/ ١١)، «البناية شرح الهداية» (٦/ ٢٥٤).
(٨) «الاستذكار» (٧/ ١١).
(٩) «الاستذكار» (٧/ ١١)، «البناية شرح الهداية» (٦/ ٢٥٤).
(١٠) «الاستذكار» (٧/ ١٣)، «المقدمات الممهدات» (٢/ ٣٠٤).
(١١) «روضة الطالبين» (٤/ ٣٢)، «مغني المحتاج» (٢/ ١١٧).
(١٢) «المبسوط» (١١/)، «البناية شرح الهداية (٦/ ٢٥٦).

أَمَّا الْعِلَّةُ عِنْدَ مَالِكٍ: فَمَخَافَةُ (أَنْ يَكُونَ)[١] أَعْسَرَ بِمَالِهِ، فَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُؤَخِّرَهُ عَنْهُ عَلَى أَنْ يَزِيدَ فِيهِ، فَيَكُونُ الرِّبَا الْمَنْهِيَّ عَنْهُ.

وَأَمَّا الْعِلَّةُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ وَأَبِي حَنِيفَةَ: فَإِنَّ مَا فِي الذِّمَّةِ لَا يَتَحَوَّلُ وَيَعُودُ أَمَانَةً.

٢٢٢٨ وَاخْتَلَفُوا فِيمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَقْبِضَ دَيْنًا لَهُ مِنْ رَجُلٍ آخَرَ، وَيَعْمَلُ فِيهِ عَلَى جِهَةِ الْقِرَاضِ:

فَلَمْ يُجِزْ ذَلِكَ: مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ[٢]؛ لِأَنَّهُ رَأَى أَنَّهُ ازْدَادَ عَلَى الْعَامِلِ كُلْفَةً، وَهُوَ مَا كَلَّفَهُ مِنْ قَبْضِهِ.

وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ مَنِ اشْتَرَطَ مَنْفَعَةً زَائِدَةً فِي الْقِرَاضِ أَنَّهُ فَاسِدٌ.

وَأَجَازَ ذَلِكَ الشَّافِعِيُّ[٣]، وَالْكُوفِيُّ[٤][٥]، قَالَ: لِأَنَّهُ وَكَّلَهُ [أ/٣٩٦و] عَلَى الْقَبْضِ، لَا أَنَّهُ جَعَلَ الْقَبْضَ شَرْطًا فِي الْمُصَارَفَةِ، فَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ فِي مَحِلِّهِ.

وَأَمَّا صِفَتُهُ: فَهِيَ الصِّفَةُ الَّتِي قَدَّمْنَاهَا.

الْبَابُ الثَّانِي:

فِي مَسَائِلِ الشُّرُوطِ وَجُمْلَةُ مَا لَا يَجُوزُ مِنَ الشُّرُوطِ عِنْدَ الْجَمِيعِ: هِيَ مَا أَدَّى عِنْدَهُمْ إِلَى غَرَرٍ أَوْ إِلَى مَجْهَلَةٍ زَائِدَةٍ.

٢٢٢٩ **وَلَا خِلَافَ** بَيْنَ الْعُلَمَاءِ أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَطَ أَحَدُهُمَا لِنَفْسِهِ مِنَ الرِّبْحِ شَيْئًا زَائِدًا غَيْرَ مَا انْعَقَدَ عَلَيْهِ الْقِرَاضُ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ[٦]؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ ذَلِكَ الَّذِي انْعَقَدَ عَلَيْهِ الْقِرَاضُ مَجْهُولًا.

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «إن».
(٢) «الاستذكار» (٧/ ٢٩)، «المقدمات الممهدات» (٢/ ٣٠٤).
(٣) «أسنى المطالب» (٢/ ١٤٠).
(٤) في (م): «والكوفيون». ينظر: «الاستذكار» (٧/ ١١).
(٥) «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٩٤)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٨١٦).
(٦) حكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٨)، وابن عبد البر في «الاستذكار» =

وَهَذَا هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَ مَالِكٍ[(١)] فِي أَنْ لَا يَكُونَ مَعَ الْقِرَاضِ بَيْعٌ وَلَا كِرَاءٌ، وَلَا عَمَلٌ وَلَا سَلَفٌ، وَلَا مِرْفَقٌ يَشْتَرِطُهُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ مَعَ نَفْسِهِ[(٢)].

فَهَذِهِ جُمْلَةُ مَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانُوا قَدِ اخْتَلَفُوا فِي التَّفْصِيلِ.

٢٢٣٠ فَمِنْ ذَلِكَ:

اخْتِلَافُهُمْ إِذَا اشْتَرَطَ الْعَامِلُ الرِّبْحَ كُلَّهُ لَهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٣)]: يَجُوزُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٤)]: لَا يَجُوزُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٥)]: هُوَ قَرْضٌ لَا قِرَاضٌ.

فالشَّافِعِيُّ: رَأَى أَنَّهُ غَرَرٌ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ خُسْرَانٌ فَعَلَى رَبِّ الْمَالِ، وَبِهَذَا يُفَارِقُ الْقَرْضَ، وَإِنْ كَانَ رِبْحٌ فَلَيْسَ له فِيهِ[(٦)] شَيْءٌ.

ومَالِكٌ: رَأَى أَنَّهُ إِحْسَانٌ - مِنْ رَبِّ الْمَالِ - وَتَطَوُّعٌ؛ إِذْ كَانَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الْجُزْءَ الْقَلِيلَ مِنَ الْمَالِ الْكَثِيرِ.

٢٢٣١ وَمِنْهَا:

إِذَا اشْتَرَطَ رَبُّ الْمَالِ الضَّمَانَ عَلَى الْعَامِلِ:

= (٧/ ١٣)، قال: «لا أعلم خلافًا أنه إذا اشترط العامل، أو رب المال على صاحبه شيئًا يختص به من الربح معلومًا دينارًا أو درهمًا أو نحو ذلك، ثم يكون الباقي في الربح بينهما نصفين أو على ثلث أو ربع؛ فإن ذلك لا يجوز».

(١) «الاستذكار» (٧/ ٢٩).

(٢) قال الإمام ابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ٢٩): «قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالًا قراضًا فأخبره أنه قد اجتمع عنده، وسأله أن يكتبه عليه سلفًا. قال: لا أحب ذلك حتى يقبض منه ماله ثم يسلفه إياه إن شاء أو يمسكه. قال أبو عمر: قد بيَّن مالكٌ الفقهَ لكراهية ما كره في هذه المسألة، وسائر أهل العلم على كراهة ذلك وهو غير جائز عندهم».

(٣) «القوانين الفقهية» (ص١٨٦).

(٤) «المهذب» (١/ ٣٨٥).

(٥) «المبسوط» (٢٢/ ١١٥).

(٦) في (م): «منه».

فَقَالَ مَالِكٌ(١): لَا يَجُوزُ الْقِرَاضُ وَهُوَ [ب/٣٤٧ظ] فَاسِدٌ.

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(٢). [م/٢٢٥ظ]

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ(٣): الْقِرَاضُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ: أَنَّ شَرْطَ الضَّمَانِ زِيَادَةُ غَرَرٍ فِي الْقِرَاضِ نفسه.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ: فَشَبَّهَهُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ فِي الْبَيْعِ عَلَى رَأْيِ أَنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ، وَالشَّرْطَ بَاطِلٌ؛ اعْتِمَادًا عَلَى حَدِيثِ بَرِيرَةَ الْمُتَقَدِّمِ.

٢٢٣٢ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْمُقَارِضِ يَشْتَرِطُ رَبُّ الْمَالِ عَلَيْهِ خُصُوصَ التَّصَرُّفِ، مِثْلَ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ تَعْيِينَ جِنْسٍ مَا مِنَ السِّلَعِ، أَوْ تَعْيِينَ جِنْسٍ مَا مِنَ الْبَيْعِ، أَوْ تَعْيِينَ مَوْضِعٍ مَا للتِّجَارَةِ، أَوْ تَعْيِينَ صِنْفٍ مَا مِنَ النَّاسِ يَتَّجِرُ مَعَهُمْ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٤)، وَالشَّافِعِيُّ(٥) فِي اشْتِرَاطِ جِنْسٍ مِنَ السِّلَعِ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ؛ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الْجِنْسُ مِنَ السِّلَعِ، لَا يَخْتَلِفُ وَقْتًا مَا مِنْ أَوْقَاتِ السَّنَةِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٦): يَلْزَمُهُ مَا اشْتَرَطَ عَلَيْهِ، وَإِنْ تَصَرَّفَ فِي غَيْرِ مَا اشْتُرِطَ عَلَيْهِ ضَمِنَ.

فَمَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: رَأَيَا أَنَّ هَذَا الِاشْتِرَاطَ مِنْ بَابِ التضمين(٧) عَلَى الْمُقَارِضِ فَيَعْظُمُ الْغَرَرُ بِذَلِكَ.

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٣٣)، «المقدمات الممهدات» (٢/ ٣٠٥).

(٢) «الحاوي الكبير» (٦/ ٤٦٧)، «المهذب» (١/ ٣٠٤)، «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٥/ ٤٦٤).

(٣) «المبسوط» (١٤/ ٣٧)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٩٦)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٥٣).

(٤) «الكافي» (ص٣٨٥)، «منح الجليل» (٧/ ٣٤٦).

(٥) «الحاوي» (٧/ ٣١٤)، «والمهذب» (١/ ٣٨٦).

(٦) «الهداية شرح البداية» (٣/ ٢٠٢)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٥٤).

(٧) في (م): «التضييق».

وَأَبُو حَنِيفَةَ اسْتَخَفَّ الْغَرَرَ الْمَوْجُودَ فِي ذَلِكَ، كَمَا لَوِ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ جِنْسًا مِنَ السِّلَعِ [أ/٣٩٦ظ] لَكَانَ عَلَى شَرْطِهِ فِي ذَلِكَ **بِإِجْمَاعٍ**(١).

٢٢٣٣ وَلَا يَجُوزُ الْقِرَاضُ الْمُؤَجَّلُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ(٢).

وَأَجَازَهُ أَبُو حَنِيفَةَ(٣)، إِلَّا أَنْ يَتَفَاسَخَا.

فَمَنْ لَمْ يُجِزْهُ:

رَأَى أَنَّ فِي ذَلِكَ تَضْيِيقًا عَلَى الْعَامِلِ يَدْخُلُ عَلَيْهِ مَزِيدُ غَرَرٍ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا

---

(١) «المبسوط»، للسرخسي: (٢٢/ ٣٣)، وفيه: «وإذا خالف المضارب كان غاصبًا ضامنًا للمال». و«الهداية شرح البداية» (٣/ ٢٠٢)، وفيه: «وإذا خالف كان غاصبًا لوجود التعدي منه على مال غيره».
و«الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٢١)، وفيه: «(وإذا خالف صار غاصبًا) لأنه تصرف في ملك الغير بغير رضاه فكان غاصبًا». «تبيين الحقائق» (٥/ ٥٣).
و«موطأ مالك» (٢/ ٦٩٠،) قال مالك: «من اشترط على من قارض أن لا يشتري حيوانًا أو سلعة باسمها فلا بأس بذلك».
و«الكافي»، لابن عبد البر (ص٣٨٥)، «المنتقى شرح الموطأ»: (٣/ ٤٧٦)، وفيه: «إن من شَرَطَ على العامل أن لا يتجر بسلعة معينة أو بالحيوان فذلك جائز وله شرطه».
و«منح الجليل» (٧/ ٣٤٦)، وفيه: «ضَمِنَ العامل ما تلف أو خسر من مال القراض إن خالف العامل رب المال في شيء مما نهاه عنه».
وفي «الأم» (٤/ ٣٢): «ومن أعطى مالًا رجلًا قراضًا، ونهاه عن سلعة يشتريها بعينها فاشتراها؛ فصاحب المال بالخيار إن أحب أن تكون السلعة قراضًا على شرطها، وإن شاء ضمن المقارض رأس ماله».
وفي «المغني» (٧/ ١٦٢): «إذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئًا نُهي عن شرائه فهو ضامن للمال».
(٢) «مواهب الجليل» (٤/ ٥٤٨)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٢٦)، «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (٣/ ٢٩٦)، «الحاوي الكبير» (٥/ ٣٥٥)، «الوسيط» (٣/ ٤٥١)، «البيان»، للعمراني (٥/ ٤٥٧)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٤)، «حاشية الجمل» (٣/ ٢٦١ ـ ٣٦٢)، «نهاية المحتاج» (٤/ ٢٣١)، «المغني» (٤/ ٢٠٨)، «كشاف القناع» (٣/ ٣١٩).
(٣) «الهداية شرح البداية» (٣/ ٢٠٢)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٥٣).

بَارَتْ عِنْدَهُ سِلَعٌ فَيَضْطَرُّ عِنْدَ بُلُوغِ الْأَجَلِ إِلَى بَيْعِهَا، فَيَلْحَقُهُ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ. وَمَنْ أَجَازَ الْأَجَلَ: شَبَّهَ الْقِرَاضَ بِالْإِجَارَةِ.

وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

٢٢٣٤ **اخْتِلَافُهُمْ** فِي جَوَازِ اشْتِرَاطِ رَبِّ الْمَالِ زَكَاةَ الرِّبْحِ عَلَى الْعَامِلِ فِي حِصَّتِهِ مِنَ الرِّبْحِ:

فَقَالَ مَالِكٌ فِي «الْمُوَطَّأِ»(١): لَا يَجُوزُ.

وَرَوَاهُ عَنْهُ: أَشْهَبُ(٢).

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ(٣): ذَلِكَ جَائِزٌ، وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ.

وَبِقَوْلِ مَالِكٍ ـ قَالَ الشَّافِعِيُّ(٤).

وَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يُجِزْهُ:

أَنَّهُ تَعُودُ حِصَّةُ الْعَامِلِ وَرَبِّ الْمَالِ مَجْهُولَةً؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي كَمْ يَكُونُ الْمَالُ فِي حِينِ وُجُوبِ الزَّكَاةِ فِيهِ، وَتَشْبِيهًا بِاشْتِرَاطِ زَكَاةِ أَصْلِ الْمَالِ عَلَيْهِ ـ أَعْنِي: عَلَى الْعَامِلِ ـ **فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بِاتِّفَاقٍ**(٥).

وَحُجَّةُ ابْنِ الْقَاسِمِ:

أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى جُزْءٍ مَعْلُومِ النِّسْبَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعْلُومَ الْقَدْرِ؛ لِأَنَّ الزَّكَاةَ مَعْلُومَةُ النِّسْبَةِ مِنَ الْمَالِ الْمُزَكَّى، فَكَأَنَّهُ اشْتَرَطَ عَلَيْهِ فِي الرِّبْحِ الثُّلُثَ إِلَّا رُبُعَ الْعُشْرِ، أَوِ النِّصْفَ إِلَّا رُبُعَ الْعُشْرِ(٦)، وَذَلِكَ جَائِزٌ؛ وَلَيْسَ مِثْلَ اشْتِرَاطِهِ زَكَاةَ

---

(١) «الموطأ» (٢/ ٦٩٠).

(٢) «الاستذكار» (٧/ ٣٤).

(٣) «الاستذكار» (٧/ ٣٤).

(٤) «روضة الطالبين» (٤/ ٣٦).

(٥) انظر: «موطأ مالك» (٢/ ٦٩٢)، وفيه: «ولا يصلح لمن دفع إلى رجل مالًا قراضًا أن يشترط عليه الزكاة في حصته من الربح خاصة».
و«الذخيرة» (٣/ ٢٦)، وفيه: «ولا يجوز اشتراط زكاة المال على العامل»، «التاج والإكليل» (٩/ ٤١١).

(٦) زاد بعدها في المطبوع: «أَوِ الرُّبُعَ إِلَّا رُبُعَ الْعُشْرِ».

رَأْسِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْلُوم[١] الْقَدْرِ مَعْلُوم[٢] النِّسْبَةِ، فَكَانَ مُمْكِنًا أَنْ يُحِيطَه [ب/٣٤٨و] بِالرِّبْحِ، فَيَبْقَى عَمَلُ الْمُقَارِضِ[٣] بَاطِلًا.

٢٢٣٥ **وَهَلْ يَجُوزُ** أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ الْمُقَارِضُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ؟

فِي الْمَذْهَبِ فِيهِ قَوْلَانِ[٤].

وقد قِيلَ: بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْعَامِلِ وَرَبِّ الْمَالِ.

وَقِيلَ: يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْعَامِلُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ.

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَهُ رَبُّ الْمَالِ عَلَى الْعَامِلِ.

وَقِيلَ: عَكْسُ هَذَا.

٢٢٣٦ **وَاخْتَلَفُوا** فِي اشْتِرَاطِ الْعَامِلِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ غُلَامًا بِعَيْنِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ لِلْغُلَامِ نَصِيبٌ مِنَ الْمَالِ:

فَأَجَازَهُ مَالِكٌ[٥]، وَالشَّافِعِيُّ[٦]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٧].

وَقَالَ أَشْهَبُ، مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ[٨]: لَا يَجُوزُ.

فَمَنْ أَجَازَ ذَلِكَ: شَبَّهَهُ بِالرَّجُلِ يُقَارِضُ الرَّجُلَيْنِ.

وَمَنْ لَمْ يُجِزْ ذَلِكَ: رَأَى أَنَّهَا زِيَادَةٌ ازْدَادَهَا الْعَامِلُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ.

فَأَمَّا (إِنِ اشْتَرَطَ الْعَامِلُ)[٩] غُلَامَهُ:

فَقَالَ الثَّوْرِيُّ[١٠]: لَا يَجُوزُ، وللعامل[١١] فِيمَا عَمِلَ أُجْرَةُ الْمِثْلِ.

---

(١) في (م): «غير معلوم».
(٢) في (م): «غير معلوم».
(٣) في (ب): «القراض».
(٤) «التاج والإكليل» (٥/ ٣٦٥).
(٥) «الاستذكار» (٧/ ٢٨)، «المقدمات» (٢/ ٣٠٧).
(٦) «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥)، «نهاية المحتاج» (٤/ ٢٣٠).
(٧) «الهداية شرح البداية» (٣/ ٢٠١)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٥٥).
(٨) «الاستذكار» (٧/ ٢٨)، «المقدمات» (٢/ ٣٠٧).
(٩) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «أن يشترط».
(١٠) «الاستذكار» (٧/ ٢٨).
(١١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «للعامل»، وفي المطبوع: «وللغلام».

وَذَلِكَ: أَنَّ حَظَّ الْعَامِلِ يَكُونُ عِنْدَهُ مَجْهُولًا.

[الْبَابُ الثَّالِثُ]:

الْقَوْلُ فِي أَحْكَامِ الْقِرَاضِ.

وَالْأَحْكَامُ مِنْهَا: مَا هِيَ أَحْكَامُ [أ/٣٩٧و] الْقِرَاضِ الصَّحِيحِ.

وَمِنْهَا:

مَا هِيَ أَحْكَامُ الْقِرَاضِ الْفَاسِدِ، وَأَحْكَامُ الْقِرَاضِ الصَّحِيحِ؟

مِنْهَا:

مَا هِيَ مِنْ مُوجِبَاتِ الْعَقْدِ ـ أَعْنِي: أَنَّهَا تَابِعَةٌ لِمُوجِبِ الْعَقْدِ، وَمُخْتَلَفٌ فِيهَا هَلْ هِيَ تَابِعَةٌ أَوْ غَيْرُ تَابِعَةٍ؟

وَمِنْهَا:

أَحْكَامُ طَوَارِئٍ تَطْرَأُ عَلَى الْعَقْدِ مِمَّا لَمْ يَكُنْ مُوجِبُهُ مِنْ نَفْسِ الْعَقْدِ، مِثْلَ التَّعَدِّي وَالِاخْتِلَافِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ.

وَنَحْنُ نَذْكُرُ مِنْ هَذِهِ الأصناف مَا اشْتُهِرَ عِنْدَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ، [م/٢٢٦و]، وَنَبْدَأُ مِنْ ذَلِكَ بِمُوجِبَاتِ الْعَقْدِ فَنَقُولُ:

٢٢٣٧ إِنَّهُ **أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى أَنَّ اللُّزُومَ لَيْسَ مِنْ مُوجِبَاتِ عَقْدِ الْقِرَاضِ، وَأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم فَسْخَهُ مَا لَمْ يَشْرَعِ الْعَامِلُ فِي الْقِرَاضِ(١).

٢٢٣٨ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا شَرَعَ في الْعَمَلِ:

---

(١) حكى الإجماعَ على ذلك: الإمام ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص٩٢) فقال: «واتفقوا في القراض أن لكل واحدٍ منهما إذا تم البيع، وحصل الثمن كله، أن يترك التمادي في القراض إن شاء الآخر أم أبى».

والإمام ابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ١٥) فقال: «وأجمعوا أن القراض ليس عقدًا لازمًا، وأن لكل واحد منهما أن يبدو له فيه، ويفسخه ما لم يشرع العامل في العمل به بالمال ويشتري به متاعًا أو سلعًا؛ فإن فعل لم يفسخ حتى يعود المال ناضًا عينًا كما أخذه».

فَقَالَ مَالِكٌ[(١)]: هُوَ لَازِمٌ، وَهُوَ عَقْدٌ يُورَثُ، فَإِنْ مَاتَ وَكَانَ لِلْمُقَارِضِ بَنُونَ أُمَنَاءُ كَانُوا فِي الْقِرَاضِ مِثْلَ أَبِيهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا أُمَنَاءَ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَأْتُوا بِأَمِينٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٢)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]: لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ الْفَسْخُ إِذَا شَاءَ، وَلَيْسَ هُوَ عَقْدٌ يُورَثُ.

فَمَالِكٌ: أَلْزَمَهُ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الْعَمَلِ لِمَا فِيهِ مِنْ ضَرَرٍ[(٤)]، وَرَآهُ مِنَ الْعُقُودِ الْمَوْرُوثَةِ.

وَالْفِرْقَةُ الثَّانِيَةُ شَبَّهَتِ الشُّرُوعَ فِي الْعَمَلِ، (بِمَا بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الْعَمَلِ)[(٥)].

٢٢٣٩ **وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ** أَنَّ الْمُقَارِضَ[(٦)] إِنَّمَا يَأْخُذُ حَظَّهُ مِنَ الرِّبْحِ، بَعْدَ أَنْ يَنِضَّ جَمِيعُ رَأْسِ الْمَالِ[(٧)]، وَأَنَّهُ إِنْ خَسِرَ، ثُمَّ تجر، ثُمَّ رَبِحَ - جَبَرَ الْخُسْرَانَ مِنَ الرِّبْحِ[(٨)].

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ١٥)، «منح الجليل» (٥/ ٤٠٩)، وانظر: «مواهب الجليل» (٤/ ٥٤٩)، «الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (٣/ ٢٩٦).
(٢) «نهاية المطلب» (٥/ ٤٤٦)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥).
(٣) «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٩٦).
(٤) في (م): «غرر».
(٥) ما بين القوسين من (م).
(٦) في (م): «المضارب».
(٧) قال الإمام محمد بن الحسن الشيباني في «الحجة على أهل المدينة» (٣/ ٢٢): «أجمع أهل العلم جميعًا أنه لا ربح في مضاربة حتى يستوفي رأس المال».
وقال الإمام المرداوي في «الإنصاف» (٥/ ٣٢٧): «(وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال) بلا نزاع».
(٨) حكى الإجماعَ على ذلك: بهاء الدين المقدسي في «العدة شرح العمدة» (١/ ٢٤١) فقال: «(وتجبر الوضيعة من الربح)... وهذا لا نعلم فيه خلافًا».
انظر: «الكتاب مع شرحه اللباب» (١/ ٢٠٠)، «الكافي لابن عبد البر» (١/ ٣٨٧)، «جامع الأمهات» (١/ ٤٢٥)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٦٦)، «الإقناع» (ص١٤١)، «العدة شرح العمدة» (١/ ٢٤١)، «شرح الزركشي» (٢/ ١٤٧).

٢٢٤٠ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الرَّجُلِ يَدْفَعُ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا فَيَهْلِكُ بَعْضُهُ قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ، ثُمَّ يَعْمَلُ فِيهِ فَيَرْبَحُ، فَيُرِيدُ الْمُقَارِضُ أَنْ يَجْعَلَ رَأْسَ الْمَالِ بِقِيمَةِ الْمَالِ بَعْدَ الَّذِي هَلَكَ، هَلْ لَهُ ذَلِكَ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ(١)، وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ(٢): (إِنْ صَدَّقَهُ رَبُّ الْمَالِ، أَوْ دَفَعَ رَجُلٌ مَالًا قِرَاضًا لِرَجُلٍ فَهَلَكَ مِنْهُ جُزْءٌ قَبْلَ)(٣) أَنْ يَعْمَلَ [ب/٣٤٨ظ] فَأَخْبَرَهُ بِذَلِكَ فَصَدَّقَهُ، ثُمَّ قَالَ لَهُ: يَكُونُ الْبَاقِي عِنْدَكَ قِرَاضًا، عَلَى الشَّرْطِ الْمُتَقَدِّمِ - لَمْ يَجُزْ حَتَّى يُفَاصِلَهُ، وَيَقْبِضَ مِنْهُ رَأْسَ مَالِهِ وَيَنْقَطِعَ الْقِرَاضُ الْأَوَّلُ.

وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ(٤): إِنَّهُ يَلْزَمُهُ فِي ذَلِكَ الْقَوْلُ(٥)، وَيَكُونُ الْبَاقِي قِرَاضًا.

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هِيَ مِنْ أَحْكَامِ الطَّوَارِئِ، وَلَكِنْ ذَكَرْنَاهَا هُنَا لِتَعَلُّقِهَا بِوَقْتِ وُجُوبِ(٦) الْقِسْمَةِ، وَهِيَ مِنْ أَحْكَامِ الْعَقْدِ.

٢٢٤١ **وَاخْتَلَفُوا** هَلْ لِلْعَامِلِ نَفَقَتُهُ مِنَ الْمَالِ الْمُقَارَضِ عَلَيْهِ أَمْ لَا؟

عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٧) فِي أَشْهَرِ أَقْوَالِهِ: لَا نَفَقَةَ لَهُ أَصْلًا، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ.

---

(١) «الكافي»، لابن عبد البر (١/ ٣٨٧)، «جامع الأمهات» (١/ ٤٢٥)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٦٦).

(٢) «حاشية ابن عابدين» (٥/ ١٦٤)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٩٦)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٢٦)، «منح الجليل» (٩/ ٤٠٥)، «البهجة في شرح التحفة» (٢/ ٤٧٣)، «الكافي»، لابن عبد البر (١/ ٣٨٧)، «جامع الأمهات» (١/ ٤٢٥)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٦٦)، «الإقناع» (ص١٤١)، «العدة شرح العمدة» (١/ ٢٤١)، «شرح الزركشي» (٢/ ١٤٧)، «المغني» (٨/ ٢٠٤)..

(٣) ما بين القوسين بياض في (م).

(٤) «التاج والإكليل» (٥/ ٣٦٦).

(٥) في (م): «القبول».

(٦) ليست في (م).

(٧) «مغني المحتاج» (٢/ ١٢٠)، «حاشية الرّملي» (٢/ ١٤٥)، «نهاية المحتاج» (٤/ ٢٣١).

وَقَالَ قَوْمٌ: لَهُ نَفَقَتُهُ.

وَبِهِ قَالَ إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ[١]، وَالْحَسَنُ[٢]، وَهُوَ أَحَدُ مَا رُوِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ[٣].

وَقَالَ آخَرُونَ: لَهُ النَّفَقَةُ فِي السَّفَرِ مِنْ طَعَامِهِ وَكِسْوَتِهِ، [أ/٣٩٧ظ] وَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ فِي الْحَضَرِ.

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[٤]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٥]، وَالثَّوْرِيُّ[٦]، وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ، إِلَّا أَنَّ مَالِكًا قَالَ: إِذَا كَانَ الْمَالُ يَحْمِلُ ذَلِكَ (أَنْفَقَ مِنْهُ)[٧].

وَقَالَ الثَّوْرِيُّ[٨]: يُنْفِقُ ذَاهِبًا، وَلَا يُنْفِقُ رَاجِعًا.

وَقَالَ اللَّيْثُ[٩]: يَتَغَدَّى فِي الْمِصْرِ[١٠] وَلَا يَتَعَشَّى.

وَرُوِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ[١١] أَنَّ لَهُ نَفَقَتَهُ فِي الْمَرَضِ.

(وَالْمَشْهُورُ عَنْهُ مِثْلُ قَوْلِ الْجُمْهُورِ: أَنْ لَا نَفَقَةَ لَهُ فِي الْمَرَضِ)[١٢].

وَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يُجِزْهُ:

أَنَّ ذَلِكَ زِيَادَةُ مَنْفَعَةٍ فِي الْقِرَاضِ فَلَمْ يَجُزْ، أَصْلُهُ[١٣] الْمَنَافِعُ.

وَحُجَّةُ مَنْ أَجَازَهُ:

أَنَّ عَلَيْهِ الْعَمَلَ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ، وَمَنْ أَجَازَهُ فِي الْحَضَرِ: شَبَّهَهُ بِالسَّفَرِ.

٢٢٤٢ **وَأَجْمَعَ عُلَمَاءُ الْأَمْصَارِ** عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْعَامِلِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ

---

(١) «المغني» (٤/ ٢١١).
(٢) «المغني» (٤/ ٢١١).
(٣) «نهاية المحتاج» (٤/ ٢٣٣).
(٤) «مواهب الجليل» (٤/ ٣٩١).
(٥) «المبسوط» (١٤/ ٣٥)، «عمدة القاري (١٢/ ٤٥).
(٦) «المغني» (٤/ ٢١١).
(٧) ليست في (م).
(٨) «المغني» (٤/ ٢١١).
(٩) «المغني» (٤/ ٢١١).
(١٠) في (م): «المضي».
(١١) «الحاوي» (٧/ ٤٦٧).
(١٢) ما بين القوسين ليس في (م).
(١٣) في (م): «أصله في».

مِنَ الرِّبْحِ إِلَّا بِحَضْرَةِ رَبِّ الْمَالِ[(١)]، وَأَنَّ حُضُورَ رَبِّ الْمَالِ شَرْطٌ فِي قِسْمَةِ الْمَالِ، وَأَخْذِ الْعَامِلِ حِصَّتَهُ، وَأَنَّهُ لَيْسَ يَكْفِي فِي ذَلِكَ أَنْ يَقْسِمَهُ بِحُضُورِ بَيِّنَةٍ، وَلَا غَيْرِهَا.

الْقَوْلُ فِي أَحْكَامِ الطَّوَارِئِ:

٢٢٤٣ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا أَخَذَ الْمُقَارِضُ حِصَّتَهُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ رَبِّ الْمَالِ، ثُمَّ ضَاعَ الْمَالُ، أَوْ بَعْضُهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٢)]: إِنْ أَذِنَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ فِي ذَلِكَ، فَالْعَامِلُ مُصَدَّقٌ فِيمَا ادَّعَاهُ مِنَ الضَّيَاعِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٣)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٤)]، وَالثَّوْرِيُّ[(٥)]: مَا أَخَذَ الْعَامِلُ يَرُدُّهُ وَيَجْبُرُ بِهِ رَأْسَ الْمَالِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ فَضْلًا إِنْ كَانَ هُنَالِكَ.

٢٢٤٤ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا هَلَكَ مَالُ الْقِرَاضِ بَعْدَ أَنِ يشْتَرِي[(٦)] الْعَامِلُ بِهِ سِلْعَةً مَا وَقَبْلَ أَنْ يَنْقُدَهُ الْبَائِعَ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٧)]: الْبَيْعُ لَازِمٌ لِلْعَامِلِ، وَرَبُّ الْمَالِ مُخَيَّرٌ إِنْ شَاءَ دَفَعَ قِيمَةَ السِّلْعَةِ مَرَّةً ثَانِيَةً، ثُمَّ يَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَا مِنَ الْمُقَارَضَةِ، وَإِنْ شَاءَ تَبَرَّأَ عَنْهَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٨)]: بَلْ يَلْزَمُ ذَلِكَ الشِّرَاءَ رَبُّ الْمَالِ شبّهه بِالْوَكِيلِ، [ب/٣٤٩و]

---

(١) في «بدائع الصنائع» (٦/ ٨٩)، وفيه: «القسمة لا تصحُّ إلا بحضرتهما».
وفي «المنتقى شرح الموطأ» (٣/ ٤٨٦)، وفيه: «ليس للعامل أن يأخذ حصته من الربح إلا بحضرة رب المال وحضرة المال».
(٢) «الاستذكار» (٧/ ٣٠)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٧٠).
(٣) «الحاوي» (٧/ ٤٦٨)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٢٢).
(٤) «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٣٥٠). (٥) «الاستذكار» (٧/ ٣٠).
(٦) في (م): «اشتهى».
(٧) «الاستذكار» (٧/ ٣٠)، «القوانين الفقهية» (ص١٩٠)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٧١).
(٨) «البناية شرح الهداية» (٨/ ٤٩٢).

إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: يَكُونُ رَأْسُ الْمَالِ فِي ذَلِكَ الْقِرَاضِ الثَّمَنَيْنِ، وَلَا يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ إِلَّا بَعْدَ حُصُولِهِ عَيْنًا ـ أَعْنِي: ثَمَنَ تِلْكَ السِّلْعَةِ الَّتِي تَلِفَتْ أَوَّلًا، وَالثَّمَنَ الثَّانِيَ الَّذِي لَزِمَهُ بَعْدَ ذَلِكَ(١).

٢٢٤٥ **وَاخْتَلَفُوا** فِي بَيْعِ الْعَامِلِ [م/٢٢٦ظ] (مِنْ رَبِّ الْمَالِ بَعْضَ سِلَعِ الْقِرَاضِ:

فَكَرِهَ ذَلِكَ مَالِكٌ(٢)(٣).

وَأَجَازَهُ أَبُو حَنِيفَةَ(٤) عَلَى الْإِطْلَاقِ.

وَأَجَازَهُ الشَّافِعِيُّ(٥)، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَا قَدْ تَبَايَعَا بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ.

وَوَجْهُ ـ مَا كَرِهَ مِنْ ذَلِكَ مَالِكٌ: أَنْ يَكُونَ يُرَخِّصُ لَهُ فِي السِّلْعَةِ مِنْ أَجْلِ مَا قَارَضَهُ، فَكَأَنَّ رَبَّ الْمَالِ أَخَذَ مِنَ الْعَامِلِ مَنْفَعَةً سِوَى الرِّبْحِ الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِ.

٢٢٤٦ وَلَا أَعْرِفُ **خِلَافًا بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ** (أَنَّهُ إِنْ تَكَارَى)(٦) الْعَامِلُ عَلَى السِّلَعِ إِلَى بَلَدٍ فَاسْتَغْرَقَ الْكِرَاءُ قِيَمَ السِّلَعِ وَفَضَلَ عَلَيْهِ فَضْلَةٌ أَنَّهَا عَلَى الْعَامِلِ لَا عَلَى رَبِّ الْمَالِ(٧)؛ [أ/٣٩٨و] لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِنَّمَا دَفَعَ مَالَهُ إِلَيْهِ لِيَتَّجِرَ

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «دخوله».

(٢) «الاستذكار» (٧/ ٣١)، «القوانين الفقهية» (ص١٩٠)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٧٣).

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) «المبسوط» (١٤/ ٣٧)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٩٦)، «البناية شرح الهداية» (٨/ ٤٩١).

(٥) «الحاوي» (٧/ ٤٦٢)، «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٥/ ٤٦٢)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٢٢).

(٦) مكانها بياض في (م).

(٧) قال الإمام ابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ١٩ ـ ٢٠): «قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالًا قراضًا فاشترى به متاعًا فحمله إلى بلد التجارة فبار عليه وخاف النقصان إن باعه، فتكارى عليه إلى بلد آخر فباع بنقصان، فاغترق الكراء أصل المال كله. قال مالك: إن كان فيما باع وفاء للكراء فسبيله ذلك، وإن بقي من الكراء شيء =

بِهِ، فَمَا كَانَ مِنْ خُسْرَانٍ فِي الْمَالِ فَعَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ مَا زَادَ عَلَى الْمَالِ وَاسْتَغْرَقَهُ.

٢٢٤٧ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْعَامِلِ يَسْتَدِينُ مَالًا فَيَتَّجِرُ بِهِ مَعَ مَالِ الْقِرَاضِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[١]: ذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٢] وَأَبُو حَنِيفَةَ[٣]: ذَلِكَ جَائِزٌ، وَيَكُونُ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَى شَرْطِهِمَا.

وَحُجَّةُ مَالِكٍ[٤] - أَنَّهُ كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَدِينَ عَلَى الْمُقَارَضَةِ - كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ دَيْنًا فِيهَا.

٢٢٤٨ **وَاخْتَلَفُوا**: هَلْ لِلْعَامِلِ أَنْ يَبِيعَ بِالدَّيْنِ إِذَا لَمْ يَأْمُرْهُ بِهِ رَبُّ الْمَالِ؟

فَقَالَ مَالِكٌ[٥]: (لَا يَجُوزُ)[٦]، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ.

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[٧].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٨]: لَهُ ذَلِكَ.

٢٢٤٩ **وَالْجَمِيعُ مُتَّفِقُونَ** عَلَى أَنَّ الْعَامِلَ إِنَّمَا يَجِبُ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي عَقْدِ الْقِرَاضِ بِمَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ النَّاسُ غَالِبًا وفِي أَكْثَرِ الْأَحْوَالِ[٩].

= بعد أصل المال كان على العامل، ولم يكن على رب المال منه شيء يتبع به.... قال أبو عمر: لست أعلم فيما ذكره مالك خلافًا وهو أصل وإجماع».

(١) «القوانين الفقهية» (ص١٩٠)، «الشرح الصغير» (٣/ ٥٤).

(٢) «الحاوي» (٦/ ٤٦٧)، «المهذب» (١/ ٣٠٤)، «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٥/ ٤٦٤).

(٣) «المبسوط» (٢٢/ ٨٤).

(٤) «القوانين الفقهية» (ص١٩٠)، «الشرح الصغير» (٣/ ٥٣).

(٥) «القوانين الفقهية» (ص١٩١)، «منح الجليل» (٤/ ٥٠١).

(٦) من (أ).

(٧) «الحاوي» (٧/ ٣١٣).

(٨) «المبسوط» (٢٢/ ٨٤).

(٩) «المبسوط»، للسرخسي (٢٢/ ٨٤)، وفيه: «وتصرف المضارب غير مقيد بمثله بل به، هو من صنع التجار عادةً... وكذلك لو حط شيئًا بعيب مثل ما يحط التجار في مثل =

فَمَنْ رَأَى أَنَّ التَّصَرُّفَ بِالدَّيْنِ خَارِجٌ عَمَّا يَتَصَرَّفُ فِيهِ النَّاسُ فِي الْأَغْلَبِ: لَمْ يُجِزْهُ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ مِمَّا يَتَصَرَّفُ فِيهِ النَّاسُ: أَجَازَهُ.

٢٢٥٠ **وَاخْتَلَفَ مَالِكٌ**(١)، وَالشَّافِعِيُّ(٢)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣)، وَاللَّيْثُ(٤) - فِي الْعَامِلِ يَخْلِطُ مَالَهُ بِمَالِ الْقِرَاضِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ رَبِّ الْمَالِ:

فَقَالَ هَؤُلَاءِ كُلُّهُمْ - مَا عَدَا مَالِكًا(٥): هُوَ تَعَدٍّ، وَيَضْمَنُ.

وَقَالَ مَالِكٌ: لَيْسَ بِتَعَدٍّ.

٢٢٥١ **وَلَمْ يَخْتَلِفْ** هَؤُلَاءِ الْمَشَاهِيرُ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ: أَنَّهُ إِنْ دَفَعَ الْعَامِلُ رَأْسَ مَالِ الْقِرَاضِ إِلَى مُقَارِضٍ آخَرَ [ب/٣٤٩ظ] أَنَّهُ ضَامِنٌ إِنْ كَانَ

= ذلك العيب، أو يتغابن به الناس فذلك جائز؛ لأنه من صنع التجار عادة، ولو قبله بالعيب ثم باعه منه بغبن يسير ثانيًا جاز، فكذلك إذا حط عنه هذا المقدار، وإن حط عنه شيئًا فاحشًا أو حط بغير عيب جاز ذلك على المضارب».

و«بدائع الصنائع»: (٦/ ٨٨)، وفيه: «تصرف المضارب مبني على عادة التجار».

و«الكافي»، لابن عبد البر (ص٣٨٧).

و«الحاوي»، للماوردي (٧/ ٣١٤)، وفيه: «عقد القراض يقتضي تصرف العامل في المال بالبيع والشراء».

و«المهذب» (١/ ٣٨٧)، وفيه: «فصل في كيفية تصرف العامل: ولا يتجر إلا على النظر والاحتياط؛ فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجلًا».

و«جواهر العقود» (١/ ١٩٤)، وفيه: «وعلى العامل أن يتصرف بالغبطة، ولا يبيع ولا يشتري بالغبن ولا نسيئة من غير إذن، وله الرد بالعيب إن كانت الغبطة في الرد».

و«الكافي» لابن قدامة، (٢/ ١٥١) وفيه: «على العامل عمل ما جرت العادة بعمله له من نشر وطي وإيجاب وقبول وقبض ثمن ووزن ما خف كالنقود والمسك والعود».

(١) «القوانين الفقهية» (ص٢٤٥)، «الذخيرة»، للقرافي (٦/)، «شرح الخرشي» (٦/).

(٢) «الحاوي» (٧/ ٣٣٦)، «المهذب» (١/ ٣٨٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣١٤).

(٣) «الكتاب مع شرحه اللباب» (١/ ١٩٨)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٥٨)، «بداية المبتدي» (١/ ١٧٨).

(٤) «المغني» (٧/ ١٥٦).

(٥) «الكافي»، لابن عبد البر (ص٣٨٦).

خُسْرَان[1]، وَإِنْ كَانَ رِبْح، فَذَلِكَ عَلَى شَرْطِهِ، ثُمَّ يَكُونُ لِلَّذِي عَمِلَ شَرْطُهُ عَلَى الَّذِي دَفَعَ إِلَيْهِ، فَيُوَفِيهِ حَظَّهُ مِمَّا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ.

وَقَالَ الْمُزَنِيُّ، عَنِ الشَّافِعِيِّ[2]: لَيْسَ لَهُ إِلَّا أُجْرَةُ مِثْلِهِ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ عَلَى فَسَادٍ.

الْقَوْلُ فِي حُكْمِ الْقِرَاضِ الْفَاسِدِ:

٢٢٥٢ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ حُكْمَ الْقِرَاضِ الْفَاسِدِ فَسْخُهُ وَرَدُّ الْمَالِ إِلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَفُتْ بِالْعَمَلِ[3].

٢٢٥٣ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا فَاتَ بِالْعَمَلِ مَا يَكُونُ لِلْعَامِلِ فِيهِ فِي وَاجِبِ عَمَلِهِ عَلَى أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا:

أَنَّهُ يَرُدُّ جَمِيعَهُ إِلَى قِرَاضِ مِثْلِهِ، وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ عَنْ مَالِكٍ[4]، وقَوْلُهُ وَقَوْلُ أَشْهَبَ[5].

وَالثَّانِي:

أَنَّهُ يَرُدُّ جَمِيعَهُ إِلَى إِجَارَةِ مِثْلِهِ.

---

(١) قال محمد بن الحسن التميمي الجوهري في «نوادر الفقهاء» (ص٢٧٠ ـ ٢٧١، رقم: ٢٨٠): «وأجمعوا أن المضارب لا يدفع المال إلى غيره مضاربة إلا بإذن ربه، أو يطلق له في العقد أن يضع فيه رأيه».
وقال الموفق ابن قدامة في «المغني» (٧/ ١٥٦): «ليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة نصَّ عليه أحمد. قال: إن أذن له رب المال وإلا فلا. . . . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي؛ ولا أعرف عن غيرهم خلافهم».

(٢) «مختصر المزني» (٧/ ٤٣/ بحاشية الأم).

(٣) انظر: «المبسوط» (٢٢/ ٣٩)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٦٤)، «حاشية ابن عابدين» (٨/ ٣١١)، «الوسيط» (٤/ ٢١١)، «المغني» (٧/ ١٨٠)، «الشرح الكبير» (٥/ ١٣٦)، والقول الآخر ينفسخ إلى قراض المثل عند المالكية. انظر: «الكافي»، لابن عبد البر (ص٣٨٧).

(٤) «القوانين الفقهية» (ص١٩١)، «الشرح الكبير» (٣/ ٧٧).

(٥) «الاستذكار» (٧/ ٢٦).

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(١)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٢)، وَعَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ، وَحَكَى عَبْدُ الْوَهَّابِ: أَنَّهَا رِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ(٣).

وَالثَّالِثُ:

أَنَّهُ يُرَدُّ إِلَى قِرَاضِ مِثْلِهِ مَا لَمْ يَكُنْ أَكْثَرَ مِمَّا سَمَّاهُ، وَإِنَّمَا لَهُ الْأَقَلُّ مِمَّا سَمَّى، أَوْ مِنْ(٤) قِرَاضِ مِثْلِهِ إِنْ كَانَ رَبُّ الْمَالِ هُوَ يشْتَرِطَ الشَّرْط عَلَى الْمُقَارِضِ، أَوِ الْأَكْثَرِ مِنْ قِرَاضِ مِثْلِهِ(٥)، أَوْ مِنَ الْجُزْءِ الَّذِي سَمَّى لَهُ إِنْ كَانَ الْمُقَارِضُ هُوَ يشْتَرِطَ الشَّرْطِ الَّذِي يَقْتَضِي الزِّيَادَةَ الَّتِي مِنْ قِبَلِهَا فَسَدَ [أ/٣٩٨ظ] الْقِرَاضُ، وَهَذَا الْقَوْلُ يَتَخَرَّجُ رِوَايَةً عَنْ مَالِكٍ(٦).

وَالرَّابِعُ:

أَنَّهُ يُرَدُّ إِلَى قِرَاضِ مِثْلِهِ فِي كُلِّ مَنْفَعَةٍ اشْتَرَطَهَا أَحَدُ الْمُتَقَارِضَيْنِ (عَلَى صَاحِبِهِ فِي الْمَالِ مِمَّا لَيْسَ يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِهَا عَنْ صَاحِبِهِ، وَإِلَى إِجَارَةِ مِثْلِهِ فِي كُلِّ مَنْفَعَةٍ اشْتَرَطَهَا أَحَدُ الْمُتَقَارِضَيْنِ)(٧) خَالِصَةً لِمُشْتَرِطِهَا مِمَّا لَيْسَتْ فِي الْمَالِ، وَفِي كُلِّ قِرَاضٍ فَاسِدٍ مِنْ قِبَلِ الْغَرَرِ وَالْجَهْلِ.

وَهُوَ قَوْلُ مُطَرِّفٍ(٨)، وَابْنِ نَافِعٍ(٩)، وَابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ(١٠)، وَأَصْبَغَ(١١)، وَاخْتِيَارِ ابْنُ حَبِيبٍ(١٢).

وَأَمَّا ابْنُ الْقَاسِمِ(١٣): فَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي الْقِرَاضَاتِ الْفَاسِدَةِ:

فَبَعْضُهُم - وَهُوَ الْأَكْثَرُ - قَالَ: إِنَّ فِيهَا أُجْرَةَ الْمِثْلِ.

---

(١) «حاشية قليوبي» (٢/ ٣٢١).
(٢) «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٩٦).
(٣) «الاستذكار» (٧/ ٢٦).
(٤) من (م).
(٥) زاد في (أ): «هو يشترط».
(٦) «القوانين الفقهية» (ص١٩١)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٢٤)، «منح الجليل» (٥/ ٤٠٤).
(٧) ما بين القوسين ليس في (م).
(٨) «الاستذكار» (٧/ ٢٨).
(٩) «الاستذكار» (٧/ ٢٨).
(١٠) «الاستذكار» (٧/ ٢٨).
(١١) «الاستذكار» (٧/ ٢٨).
(١٢) «الاستذكار» (٧/ ٢٨).
(١٣) «الاستذكار» (٧/ ٢٩).

وبَعْضُهُم قَالَ: فِيهَا قِرَاضُ الْمِثْلِ[(١)].

٢٢٥٤ **فَاخْتَلَفَ النَّاسُ فِي تَأْوِيلِ قَوْلِهِ:**

(أ) فَمِنْهُمْ: مَنْ حَمَلَ اخْتِلَافَ قَوْلِهِ فِيهَا عَلَى الْفَرْقِ [م/٢٢٧و] الَّذِي ذَهَبَ إِلَيْهِ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ[(٢)]، وَمُطَرِّفٌ[(٣)]، وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ حَبِيبٍ[(٤)]، وَاخْتِيَارُ جَدِّي، رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِم[(٥)].

(ب) وَمِنْهُمْ: مَنْ لَمْ يُعَلِّلْ قَوْلَهُ، وَقَالَ: إِنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّ كُلَّ قِرَاضٍ فَاسِدٍ فَفِيهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ إِلَّا تِلْكَ الَّتِي نُصَّ (فِيهَا عَلَى)[(٦)] قِرَاضُ الْمِثْلِ.

وَهِيَ سَبْعَةٌ:

١ ـ الْقِرَاضُ بِالْعُرُوضِ.

٢ ـ وَالْقِرَاضُ بِالضَّمَانِ.

٣ ـ وَالْقِرَاضُ إِلَى أَجَلٍ.

٤ ـ وَالْقِرَاضُ الْمُبْهَمُ.

٥ ـ وَإِذَا قَالَ لَهُ اعْمَلْ عَلَى أَنَّ لَكَ فِي الْمَالِ [ب/٣٥٠و] شُرَكَاءَ.

٦ ـ وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَقَارِضَانِ، وَأَتَيَا بِمَا لَا يُشْبِهُ فَحَلَفَا عَلَى دَعْوَاهُمَا.

٧ ـ وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ الْمَالَ عَلَى أَنْ لَا يَشْتَرِيَ بِهِ إِلَّا بِالدَّيْنِ فَاشْتَرَى بِالنَّقْدِ، أَوْ عَلَى أَنْ لَا يَشْتَرِيَ إِلَّا سِلْعَةَ كَذَا وَكَذَا وَالسِّلْعَةُ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فَاشْتَرَى غَيْرَ مَا أُمِرَ بِهِ.

وَهَذِهِ الْمَسَائِلُ يَجِبُ أَنْ تُرَدَّ إِلَى عِلَّةٍ[(٧)] وَاحِدَةٍ، وَإِلَّا فَهُوَ اخْتِلَافٌ مِنْ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ.

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٢٩).

(٢) «الاستذكار» (٧/ ٢٩).

(٣) «الاستذكار» (٧/ ٢٩).

(٤) «الاستذكار» (٧/ ٢٩).

(٥) «المقدمات» (٢/ ١٣٧).

(٦) في (م): «عليها».

(٧) في (م): «مسألة».

وَحَكَى عَبْدُ الْوَهَّابِ[(١)][(٢)]، عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: أَنَّهُ فَصَّلَ، فَقَالَ: إِنْ كَانَ الْفَسَادُ مِنْ جِهَةِ الْعَقْدِ رُدَّ إِلَى قِرَاضِ الْمِثْلِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ جِهَةِ زِيَادَةٍ ازْدَادَهَا أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ رُدَّ إِلَى أُجْرَةِ الْمِثْلِ.

وَالْأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ فِي هَذَا بِالْعَكْسِ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْأُجْرَةِ وَقِرَاضِ الْمِثْلِ:

أَنَّ الْأُجْرَةَ تَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ رَبِّ[(٣)] الْمَالِ، سَوَاءٌ أَكَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ.

وَقِرَاضُ الْمِثْلِ هُوَ عَلَى سُنَّةِ الْقِرَاضِ؛ إِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ كَانَ لِلْعَامِلِ مِنْهُ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ.

الْقَوْلُ[(٤)] فِي اخْتِلَافِ الْمُتَقَارِضَيْنِ:

٢٢٥٥ **وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ** إِذَا اخْتَلَفَ الْعَامِلُ وَرَبُّ الْمَالِ فِي تَسْمِيَةِ الْجُزْءِ الَّذِي تَقَارَضَا عَلَيْهِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٥)]: الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَهُ مُؤْتَمَنٌ، وَكَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَهُ فِي جَمِيعِ دَعَاوِيهِ إِذَا أَتَى بِمَا يُشْبِهُ.

وَقَالَ اللَّيْثُ[(٦)]: يُحْمَلُ عَلَى قِرَاضِ مِثْلِهِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[(٧)] إِذَا أَتَى بِمَا لَا يُشْبِهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٨)]، وَأَصْحَابُهُ: الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ.

---

(١) في (م): «ابن عبد الوهاب». (٢) «عيون المسائل» (ص٣٢٤).
(٣) ليست في (م). (٤) ليست في (م).
(٥) «الاستذكار» (٧/ ١٤)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٦)، «منح الجليل» (٧/ ٣٢٨)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٦٠)، «الشرح الكبير» (٣/ ٥١٩).
(٦) «الاستذكار» (٧/ ١٤).
(٧) «القوانين الفقهية» (ص١٨٦)، «منح الجليل» (٧/ ٣٢٨).
(٨) «البحر الرائق» (٥/ ١٨٨).

وَبِهِ قَالَ [أ/٣٩٩و] الثَّوْرِيُّ[١].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٢]: يَتَحَالَفَانِ، وَيَتَفَاسَخَانِ[٣]، وَتَكُونُ لَهُ أُجْرَةُ مِثْلِهِ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي سَبَبِ وُرُودِ النَّصِّ بِوُجُوبِ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ هَلْ ذَلِكَ لِأَنَّهُ مُدَّعًى عَلَيْهِ، أَوْ لِأَنَّهُ فِي الْأَغْلَبِ أَقْوَى شُبْهَةً؟

فَمَنْ قَالَ: لِأَنَّهُ مُدَّعًى عَلَيْهِ قَالَ: الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ.

وَمَنْ قَالَ: لِأَنَّهُ أَقْوَاهُمَا شُبْهَةً فِي الْأَغْلَبِ قَالَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَهُ مُؤْتَمَنٌ.

وأَمَّا الشَّافِعِيُّ، فَقَاسَ اخْتِلَافَهُمَا عَلَى اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ فِي ثَمَنِ السِّلْعَةِ.

وَهَذَا كَافٍ فِي هَذَا الْبَابِ.

۞ ۞ ۞

(١) «الاستذكار» (٧/ ١٤).
(٢) «مغني المحتاج» (٢/ ٣١٢).
(٣) في (م): «ويتفاسخون».

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيم
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)[١]

كِتَابُ الْمُسَاقَاةِ

الْقَوْلُ فِي الْمُسَاقَاةِ:

أَمَّا أَوَّلًا: فَفِي جَوَازِهَا.

وَالثَّانِي: فِي مَعْرِفَةِ الْفَسَادِ وَالصِّحَّةِ فِيهَا.

وَالثَّالِثُ: فِي أَحْكَامِهَا.

٢٢٥٦ (الْقَوْلُ فِي جَوَازِ الْمُسَاقَاةِ)[٢]:

فَأَمَّا جَوَازُهَا:

فَعَلَيْهِ جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ[٣]: مَالِكٌ[٤]، وَالشَّافِعِيُّ[٥]، وَالثَّوْرِيُّ[٦]، وَأَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ [ب/ ٣٥٠ظ]: صَاحِبَا أَبِي حَنِيفَةَ[٧]، وَأَحْمَدُ[٨]، وَدَاوُدُ[٩]، وَهِيَ عِنْدَهُمْ مُسْتَثْنَاةٌ بِالسُّنَّةِ مِنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُخْلَقْ، وَمِنَ الْإِجَارَةِ الْمَجْهُولَةِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١٠]: لَا تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ أَصْلًا.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٣) في (م): «فقهاء الأمصار».
(٤) «المدونة» (٤/ ٤٠٩)، «الذخيرة» (٨/ ٣١، ٣٣)، «الشرح الكبير» (٣/ ٥٣٩).
(٥) «مغني المحتاج» (٢/ ٣٢٢).
(٦) «الاستذكار» (٧/ ٣٧).
(٧) «المبسوط» (٢٢/ ٣٥)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٦٥)، «فتح القدير» (٦/ ١٩٤)، «البحر الرائق» (٥/ ١٩٨)، «الفتاوى الهندية» (٢/ ٣٣٤).
(٨) «الإقناع» (٢/ ٢٧٤).
(٩) «الاستذكار» (٧/ ٣٧).
(١٠) «فتح القدير» (٦/ ١٩٤).

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ فِي إِجَازَتِهَا:

حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ ـ الثَّابِتُ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ دَفَعَ إِلَى يَهُودِ خَيْبَرَ نَخْلَ خَيْبَرَ، وَأَرْضَهَا عَلَى أَنْ يُعْمِلُوهَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ، وَلِرَسُولِ اللهِ ﷺ شَطْرُ ثَمَرِهَا».

خَرَّجَهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ(١).

وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِهِ: «أَنَّهُ ﷺ سَاقَاهُمْ عَلَى نِصْفِ مَا تُخْرِجُهُ الْأَرْضُ، وَالثَّمَرَةِ»(٢).

وَمَا رَوَاهُ مَالِكٌ(٣) أَيْضًا، مِنْ مُرْسَلِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ لِيَهُودِ خَيْبَرَ يَوْمَ افْتَتَحَ خَيْبَرَ: **«أُقِرُّكُمْ عَلَى مَا أَقَرَّكُمُ اللهُ عَلَى أَنَّ الثَّمرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ»**.

قَالَ: وَكَانَ [م/٢٢٧ظ] رَسُولُ اللهِ ﷺ يَبْعَثُ عَبْدَ اللهِ بْنَ رَوَاحَةَ فَيَخْرُصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ، ثُمَّ يَقُولُ: **«إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ، وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي»**.

وَكَذَلِكَ مُرْسَلُهُ أَيْضًا ـ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، فِي مَعْنَاهُ(٤).

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ، وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ:

فَعُمْدَتُهُمْ:

مُخَالَفَةُ هَذَا الْأَثَرِ لِلْأُصُولِ، مَعَ أَنَّهُ حُكْمٌ مَعَ(٥) الْيَهُودِ.

وَالْيَهُودُ:

---

(١) البخاري (٢٢٨٥)، ومسلم (١٥٥١).

(٢) مسلم (٤/ ١٥٥١). (٣) «الموطأ» (٢٠٤٩).

(٤) «الموطأ» (٢٠٤٧)، ولفظه: عن سليمان بن يسار، أن رسول الله ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة، فيخرص بينه وبين يهود، قال: فجمعوا له حليًّا من حلي نسائهم، فقالوا: هذا لك، وخفف عنا، وتجاوز في القسم، قال ابن رواحة: يا معشر يهود، والله إنكم لمن أبغض خلق الله إلي، وما ذاك بحاملي على أن أحيف عليكم، فأما الذي عرضتم من الرشوة، فإنها سحت وإنا لا نأكلها، فقالوا: بهذا قامت السموات والأرض.

(٥) ليست في (م).

(أ) يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَقَرَّهُمْ عَلَى أَنَّهُمْ عَبِيدٌ.

(ب) وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَقَرَّهُمْ عَلَى أَنَّهُمْ أَهْلُ[١] ذِمَّةٌ.

إِلَّا أَنَّا إِذَا أَنْزَلْنَا أَنَّهُمْ أَهْلُ[٢] ذِمَّةٍ كَانَ مُخَالِفًا لِلْأُصُولِ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ مَا لَمْ يُخْلَقْ، وَأَيْضًا - فَإِنَّهُ مِنَ الْمُزَابَنَةِ - (وَهُوَ بَيْعُ [أ/ ٣٩٩ظ] التَّمْرِ بِالتَّمْرِ مُتَفَاضِلًا)[٣] - لِأَنَّ الْقِسْمَةَ بِالْخَرْصِ (بَيْعٌ بالْخَرْصِ)[٤].

وَاسْتَدَلُّوا عَلَى مُخَالَفَة الْأُصُولِ:

بِمَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ عَبْدِ اللهِ بْنِ رَوَاحَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ لَهُمْ عِنْدَ الْخَرْصِ: **«إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وَتَضْمَنُونَ نَصِيبَ الْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي وَأَضْمَنُ نَصِيبَكُمْ»**[٥].

وَهَذَا حَرَامٌ بِإِجْمَاعٍ.

وَرُبَّمَا قَالُوا: إِنَّ النَّهْيَ الْوَارِدِ عَنِ الْمُخَابَرَةِ[٦]، هُوَ مَا كَانَ مِنْ هَذَا الْفِعْلِ بِخَيْبَرَ. وَالْجُمْهُورُ يَرَوْنَ أَنَّ الْمُخَابَرَةَ هِيَ كِرَاءُ الْأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا.

(قَالُوا: وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى نَسْخِ هَذَا الْحَدِيثِ، أو أَنَّهُ[٧] خَاصٌّ بِالْيَهُودِ - مَا وَرَدَ مِنْ حَدِيثِ رَافِعٍ وَغَيْرِهِ، مِنَ النَّهْيِ عَنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ بِمَا[٨] يَخْرُجُ مِنْهَا[٩])[١٠]؛ لِأَنَّ الْمُسَاقَاةَ تَقْتَضِي جوَازَ ذَلِكَ.

وَهُوَ نص أَيْضًا - فِي بَعْضِ رِوَايَاتِ أَحَادِيثِ الْمُسَاقَاةِ[١١].

وَلِهَذَا الْمَعْنَى لَمْ يَقُلْ بِهَذِهِ الزِّيَادَةِ: مَالِكٌ[١٢]، وَالشَّافِعِيُّ[١٣]

---

(١) من (م).
(٢) من (م).
(٣) ما بين القوسين مكانها بياض في (م).
(٤) ليست في (ب).
(٥) تقدم.
(٦) البخاري (٢٣٨١)، من حديث جابر.
(٧) في (ب): «وأنه».
(٨) في (م): «ببعض».
(٩) البخاري (٢٣٤٦)، من حديث رافع.
(١٠) ما بين القوسين ليس في (ب).
(١١) مسلم (١٥٥١).
(١٢) «الاستذكار» (٧/ ٣٧).
(١٣) «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٧/ ٢٦٣)، «المهذب» (١/ ٣٩٢). .

أَعْنِي: بِمَا (جَاءَ مِنْ: «أَنَّهُ»(١) ﷺ سَاقَاهُمْ عَلَى نِصْفِ مَا تُخْرِجُهُ الْأَرْضُ وَالثَّمَرَةُ»(٢).

وَهِيَ زِيَادَةٌ صَحِيحَةٌ، وَقَالَ بِهَا أَهْلُ الظَّاهِرِ(٣).

الْقَوْلُ فِي صِحَّةِ الْمُسَاقَاةِ:

وَالنَّظَرُ فِي الصِّحَّةِ، رَاجِعٌ إِلَى النَّظَرِ فِي أَرْكَانِهَا، وَفِي وَقْتِهَا، وَفِي شُرُوطِهَا الْمُشْتَرَطَةِ [ب/٣٥١و] فِي أَرْكَانِهَا.

وَأَرْكَانُهَا أَرْبَعَةٌ:

(١) الْمَحِلُّ الْمَخْصُوصُ بِهَا.

(٢) وَالْجُزْءُ الَّذِي تَنْعَقِدُ عَلَيْهِ.

(٣) وَصِفَةُ الْعَمَلِ الَّذِي تَنْعَقِدُ عَلَيْهِ.

(٤) وَالْمُدَّةُ الَّتِي يَجُوزُ فِيهَا وَيَنْعَقِدُ عَلَيْهَا.

الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: فِي مَحِلِّ الْمُسَاقَاةِ.

٢٢٥٧ (**وَاخْتَلَفُوا** فِي مَحِلِّ الْمُسَاقَاةِ:

فَقَالَ دَاوُدُ(٤): لَا تَكُونُ الْمُسَاقَاةُ)(٥) إِلَّا فِي النَّخِيلِ فَقَطْ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٦): فِي النَّخْلِ وَالْكَرْمِ فَقَطْ.

وَقَالَ مَالِكٌ(٧): تَجُوزُ فِي كُلِّ أَصْلٍ ثَابِتٍ: كَالرُّمَّانِ، وَالتِّينِ، وَالزَّيْتُونِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَتَكُونُ فِي الْأُصُولِ غَيْرِ الثَّابِتَةِ كَالْمَقَاثِئِ وَالْبِطِّيخِ مَعَ عَجْزِ صَاحِبِهَا عَنْهَا، وَكَذَلِكَ الزَّرْعُ.

٢٢٥٨ وَلَا يَجُوزُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْبُقُولِ **عِنْدَ الْجَمِيعِ**، إِلَّا ابْنَ دِينَارٍ، فَإِنَّهُ

---

(١) في (م): «جاز أن النبي».
(٢) البخاري (٢٣٢٩)، ومسلم (١٥٥١).
(٣) «الاستذكار» (٧/ ٣٧).
(٤) «الحاوي» (٨/ ٨٩).
(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٦) «الحاوي» (٧/ ٣٦٠، ٣٦١).
(٧) «التاج والإكليل» (٥/ ٣٧٢)، «منح الجليل» (٧/ ٣٨٥)..

أَجَازَهَا فِيهِ إِذَا نَبَتَ قَبْلَ أَنْ يُسْتَغَلَّ"[١].

فَعُمْدَةُ مَنْ قَصَرَهُ عَلَى النَّخْلِ: أَنَّهَا رُخْصَةٌ، (فَوَجَبَ أَنْ لَا يَتَعَدَّى بِهَا مَحِلَّهَا الَّذِي جَاءَتْ فِيهِ السُّنَّةُ.

وَأَمَّا مَالِكٌ[٢]: فَرَأَى أَنَّهَا رُخْصَةٌ)[٣] يَنْقَدِحُ فِيهَا سَبَبٌ عَامٌّ، فَوَجَبَ تَعْدِيَةُ ذَلِكَ إِلَى الْغَيْرِ.

وَقَدْ يُقَاسُ عَلَى الرُّخَصِ عِنْدَ قَوْمٍ، إِذَا فُهِمَ هُنَالِكَ أَسْبَابٌ أَعَمُّ مِنَ الْأَشْيَاءِ الَّتِي عُلِّقَتِ الرُّخَصُ بِالنَّصِّ بِهَا.

وَقَوْمٌ مَنَعُوا الْقِيَاسَ عَلَى الرُّخَصِ.

وَأَمَّا دَاوُدُ: فَهُوَ يَمْنَعُ الْقِيَاسَ جُمْلَةً، فَالْمَسْأَلَةُ عَلَى أُصُولِهِ مُطَّرِدَةٌ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ[٤]: فَإِنَّمَا[٥] أَجَازَهَا فِي الْكَرْمِ مِنْ قِبَلِ أَنَّ الْحُكْمَ فِي الْمُسَاقَاةِ هُوَ بِالْخَرْصِ.

وَقَدْ جَاءَ فِي حَدِيثِ عَتَّابِ بْنِ أَسِيدٍ: (الْحُكْمُ بِالْخَرْصِ فِي النَّخْلِ وَالْكَرْمِ فِي الزَّكَاةِ، فَكَأَنَّهُ قَاسَ الْمُسَاقَاةَ فِي ذَلِكَ عَلَى الزَّكَاةِ، فَالْحَدِيثُ الَّذِي وَرَدَ عَنْ عَتَّابِ بْنِ أَسِيدٍ، هُوَ)[٦]: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ بَعَثَهُ وَأَمَرَهُ أَنْ يَخْرُصَ الْعِنَبَ وَتُؤَدَّى زَكَاتُهُ زَبِيبًا، كَمَا تُؤَدَّى زَكَاةُ النَّخْلِ تَمْرًا»[٧].

وَدَفَعَ دَاوُدُ حَدِيثَ عَتَّابِ بْنِ أَسِيدٍ؛ لِأَنَّهُ [أ/٤٠٠و] مُرْسَلٌ، وَلِأَنَّهُ انْفَرَدَ بِهِ عَبْدُ الرَّحْمَٰنِ بْنُ إِسْحَاقَ، وَلَيْسَ بِالْقَوِيِّ[٨].

---

(١) ينظر: «الاستذكار» (٧/ ٤٢ ـ ٤٣).
(٢) «القوانين الفقهية» (ص١٨٤)، «منح الجليل» (٧/ ٣٨٦).
(٣) ما بين القوسين ليس في (م).
(٤) «الحاوي» (٧/ ٣٦٠).
(٥) في (م): «فإنه».
(٦) ما بين القوسين من (م).
(٧) أخرجه الشافعي في «الأم» (٣/ ٧٩)، وأبو داود (١٦٠٣)، وابن خزيمة (٢٣١٨)، والدارقطنيُّ (٢/ ١٣٣)، والبيهقيُّ (٤/ ١٢١)، وفي «الخلافيات» (٤/ ٣٤٦).
(٨) ينظر: «البدر المنير» (٥/ ٥٣٧ ـ ٥٣٨).

٢٢٥٩ وَاخْتَلَفُوا:

إِذَا كَانَ مَعَ النَّخْلِ أَرْضٌ بَيْضَاءُ (أَوْ مَعَ الثِّمَارِ؛ هَلْ يَجُوزُ أَنْ تُسَاقَى الْأَرْضُ مَعَ النَّخْلِ بِجُزْءٍ مِنَ النَّخْلِ، أَوْ بِجُزْءٍ مِنَ النَّخْلِ وَبِجُزْءٍ مِمَّا يَخْرُجُ مِنَ الْأَرْضِ؟

فَذَهَبَ إِلَى جَوَازِ ذَلِكَ طَائِفَةٌ.

وَبِهِ قَالَ صَاحِبَا أَبِي حَنِيفَةَ(١)، وَاللَّيْثُ(٢)، [م/٢٢٨و] وَأَحْمَدُ(٣)، وَالثَّوْرِيُّ(٤)، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى(٥)، وَجَمَاعَةٌ(٦).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٧) وَأَهْلُ الظَّاهِرِ(٨): لَا تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ إِلَّا فِي التَّمرِ فَقَطْ.

وَأَمَّا مَالِكٌ(٩)، (فَقَالَ: إِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ تَبَعًا لِلتَّمرِ، وَكَانَ التَّمرُ)(١٠) أَكْثَرَ ذَلِكَ، فَلَا بَأْسَ بِدُخُولِهَا فِي الْمُسَاقَاةِ؛ اشْتَرَطَ جُزْءًا خَارِجًا مِنْهَا، أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ.

وَحَدُّ ذَلِكَ الْجُزْءِ بِأَنْ يَكُونَ الثُّلُثَ فدُونَهُ ـ أَعْنِي: (أَنْ يَكُونَ مِقْدَارُ كِرَاءِ الْأَرْضِ الثُّلُثَ مِنَ الثَّمَرِ فدُونَهُ)(١١).

وَلَمْ يُجِزْ أَنْ يَشْتَرِطَ رَبُّ الْأَرْضِ [ب/٣٥١ظ] أَنْ يَزْرَعَ الْبَيَاضَ لِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ ازْدَادَهَا عَلَيْهِ.

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء»، للطحاوي (٤/ ٢٦).

(٢) «الاستذكار» (٧/ ٤٤).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ٥٣٧).

(٤) «الاستذكار» (٧/ ٤٤).

(٥) «الاستذكار» (٧/ ٤٤).

(٦) «الاستذكار» (٧/ ٤٤).

(٧) «مختصر المزني» (ص١٢٤)، «الحاوي الكبير» (٧/ ٣٥٨)، «أسنى المطالب» (٢/ ٣٩٣)، «البيان»، للعمراني (٧/ ٢٥٣).

(٨) «الاستذكار» (٧/ ٤٤).

(٩) «الاستذكار» (٧/ ٤٤)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٥)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٧٧).

(١٠) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

(١١) ما بين القوسين ليس في (م).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[١]: ذَلِكَ جَائِزٌ.

وَحُجَّةُ مَنْ أَجَازَ الْمُسَاقَاةَ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا ـ أَعْنِي: عَلَى الْأَرْضِ بِجُزْءٍ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا:

حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ الْمُتَقَدِّمُ[٢].

وَحُجَّةُ مَنْ لَمْ يُجِزْ ذَلِكَ:

مَا رُوِيَ مِنَ النَّهْيِ عَنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ بِمَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ حَدِيثِ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ[٣]، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ.

وَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ[٤]: أَحَادِيثُ رَافِعٍ مُضْطَرِبَةُ الْأَلْفَاظِ، وَحَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ أَصَحُّ.

وَأَمَّا تَحْدِيدُ مَالِكٍ ذَلِكَ بِالثُّلُثِ **فَضَعِيفٌ**.

وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ (غير مَبْنِيٍّ عَلَى الْأُصُولِ؛ لِأَنَّ)[٥] الْأُصُولَ تَقْتَضِي أَلَّا يُفَرَّقُ بَيْنَ الْجَائِزِ مِنْ غَيْرِ الْجَائِزِ بِالْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ مِنَ الْجِنْسِ الْوَاحِدِ.

٢٢٦٠ وَمِنْهَا:

اخْتِلَافُهُمْ فِي الْمُسَاقَاةِ فِي الْبَقْلِ:

(فَأَجَازَهَا مَالِكٌ[٦]، وَالشَّافِعِيُّ[٧]، وَأَصْحَابُهُما، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ[٨].

وَقَالَ اللَّيْثُ: لَا تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ فِي الْبَقْلِ[٩])[١٠].

---

(١) «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣/ ٦٢)، «إعانة الطالبين» (٣/ ١٢٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٢٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) «الاستذكار» (٧/ ٦٤).

(٤) «الاستذكار» (٧/ ٦٤).

(٥) في (م): «منه».

(٦) «القوانين الفقهية» (ص١٨٨)، «الذخيرة» (٦/ ١٠٣).

(٧) «الحاوي» (٧/ ٣٦٩)، «مختصر المزني (ص١٢٤).

(٨) «المبسوط» (٢٣/ ١٠٧)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٨٦).

(٩) «الاستذكار» (٧/ ٦٤).

(١٠) ما بين القوسين ليس في (م).

وَإِنَّمَا أَجَازَهَا الْجُمْهُورُ؛ لِأَنَّ الْعَامِلَ ـ وَإِنْ كَانَ لَيْسَ عَلَيْهِ فِيهَا سَقْيٌ فَيَبْقَى عَلَيْهِ أَعْمَالٌ أُخَرُ، مِثْلُ الْإِبَارِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ.

وَأَمَّا اللَّيْثُ: فَيَرَى أن السَّقْيَ بِالْمَاءِ هُوَ الْفِعْلُ الَّذِي تَنْعَقِدُ عَلَيْهِ الْمُسَاقَاةُ، وَلِمَكَانِهِ وَرَدَتِ الرُّخْصَةُ فِيها.

الرُّكْنُ الثَّانِي:

وَأَمَّا الرُّكْنُ الَّذِي هُوَ الْعَمَلُ:

٢٣٦١ فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ بِالْجُمْلَةِ **أَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الَّذِي يَجِبُ عَلَى الْعَامِلِ هُوَ السَّقْيُ وَالْإِبَارُ[١].

٢٣٦٢ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْجِذَاذِ عَلَى مَنْ هُوَ، وَفِي سَدِّ الْحِظَارِ، وَتَنْقِيَةِ الْعَيْنِ، وَالسَّانِيَةِ:

أَمَّا مَالِكٌ، فَقَالَ فِي «الْموطأ»[٢]: السُّنَّةُ فِي الْمُسَاقَاةِ الَّتِي يَجُوزُ لِرَبِّ الْحَائِطِ أَنْ يَشْتَرِطَهُ سَدُّ الْحِظَارِ، وَخَمُّ الْعَيْنِ، وَشَرْبُ الشَّرَابِ، وَإِبَارُ النَّخْلِ، [أ/٤٠٠ظ] وَقَطْعُ الْجَرِيدِ، وَجَذُّ الثَّمرِ، هَذَا وَأَشْبَاهُهُ هُوَ الذي[٣] عَلَى الْعَامِلِ.

وَهَذَا الْكَلَامُ يُحْتَمَلُ أَنْ يُفْهَمَ مِنْهُ: دُخُولُ هَذِهِ فِي الْمُسَاقَاةِ بِالشَّرْطِ.

وَيُمْكِنُ أَنْ يُفْهَمَ مِنْهُ[٤]: دُخُولُهَا فِيهَا[٥] بِنَفْسِ الْعَقْدِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٦]: لَيْسَ عَلَيْهِ سَدُّ الْحِظَارِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ مَا يُؤَثِّرُ فِي زِيَادَةِ الثَّمَرَةِ[٧] مِثْلَ الْإِبَارِ وَالسَّقْيِ.

---

(١) حكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٤٥)، وابنُ هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٦٢).

(٢) «الموطأ» (٢/ ٦٩٠).

(٣) من (م).

(٤) في (ب): «منها».

(٥) في (م): «فيه».

(٦) «الحاوي» (٧/ ٣٦٩).

(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «التمر».

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ: لَيْسَ عَلَيْهِ تَنْقِيَةُ السَّوَانِي وَالْأَنْهَارِ[(١)].

٢٢٦٣ وَأَمَّا الْجِذَاذُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٢)]، [ب/٣٥٢و] وَالشَّافِعِيُّ[(٣)]: هُوَ عَلَى الْعَامِلِ، إِلَّا أَنَّ مَالِكًا قَالَ: إِنِ اشْتَرَطَهُ الْعَامِلُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ جَازَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٤)]: لَا يَجُوزُ شَرْطُهُ وَتَنْفَسِخُ الْمُسَاقَاةُ إِنْ وَقَعَ.

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ: الْجِذَاذُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ[(٥)].

وَقَالَ الْمُحَصِّلُونَ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ[(٦)]:

إِنَّ الْعَمَلَ فِي الْحَائِطِ عَلَى وَجْهَيْنِ: عَمَلٌ لَيْسَ لَهُ تَأْثِيرٌ فِي (إِصْلَاحِ الثَّمَرِ)[(٧)].

وَعَمَلٌ لَهُ تَأْثِيرٌ فِي إِصْلَاحِ الثمر.

وَالَّذِي لَهُ تَأْثِيرٌ فِي إِصْلَاحِهَا، مِنْهُ مَا يَتَأَبَّدُ وَيَبْقَى بَعْدَ الثَّمَرِ، وَمِنْهُ مَا لَا يَبْقَى بَعْدَ الثَّمَرِ.

فَأَمَّا الَّذِي لَيْسَ لَهُ تَأْثِيرٌ فِي إِصْلَاحِ الثَّمَرِ: فَلَا يَدْخُلُ فِي الْمُسَاقَاةِ؛ (لَا بِنَفْسِ الْعَقْدِ، وَلَا بِالشَّرْطِ إِلَّا الشَّيْءُ الْيَسِيرُ.

وَأَمَّا مَا لَهُ تَأْثِيرٌ فِي إِصْلَاحِ الثَّمَرِ وَيَبْقَى بَعْدَ الثَّمَرِ، فَيَدْخُلُ عِنْدَهُ بِالشَّرْطِ فِي الْمُسَاقَاةِ لَا بِنَفْسِ الْعَقْدِ: مِثْلُ إِنْشَاءِ حَفْرِ بِئْرٍ، أَوْ إِنْشَاءِ ظَفِيرَةٍ لِلْمَاءِ، أَوْ إِنْشَاءِ)[(٨)] غِراسٍ، أَوْ إِنْشَاءِ بَيْتٍ يُجْنَى فِيهِ الثَّمَرُ.

---

(١) «البحر الرائق» (٨/ ١٨٧).

(٢) «القوانين الفقهية» (ص١٨٣)، «المقدمات» (٢/ ٢٢٦).

(٣) «الحاوي» (٧/ ٣٧٠). (٤) «الحاوي» (٧/ ٣٦٨).

(٥) «البحر الرائق» (٨/ ١٨٧).

(٦) «أسهل المدارك» (ص٢٧١)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٤)، «المقدمات» (٢/ ٨٦).

(٧) في (م) ـ في الموضعين: «إصلاحها».

(٨) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

وَأَمَّا مَا لَهُ تَأْثِيرٌ فِي إِصْلَاحِ الثَّمَرِ، وَلَا يَتَأَبَّدُ، فَهُوَ لَازِمٌ بِنَفْسِ الْعَقْدِ، وَذَلِكَ مِثْلُ الْحفْرِ، وَالسَّقْيِ، وَزَبْرِ الْكَرْمِ، وَتَقْلِيمِ الشَّجَرِ وَالتَّذْكِيرِ، وَالْجذَاذِ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

٢٢٦٤ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ مَا كَانَ فِي الْحَائِطِ مِنَ الدَّوَابِّ وَالْعَبِيدِ: أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ حَقِّ الْعَامِلِ(١).

٢٢٦٥ **وَاخْتَلَفُوا** فِي شَرْطِ الْعَامِلِ ذَلِكَ عَلَى الْمُسَاقِي:

فَقَالَ مَالِكٌ(٢): يَجُوزُ ذَلِكَ فِيمَا كَانَ مِنْهَا فِي الْحَائِطِ قَبْلَ الْمُسَاقَاةِ.

فَأَمَّا إِنِ اشْتَرَطَ مِنْهَا مَا لَمْ يَكُنْ فِي الْحَائِطِ: فَلَا يَجُوزُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣): لَا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْحَائِطِ.

وَبِهِ قَالَ ابْنُ نَافِعٍ، مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ(٤).

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ(٥): لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْعَامِلُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ، وَلَوِ اشْتَرَطَهُ رَبُّ الْمَالِ عَلَى الْعَامِلِ جَازَ ذَلِكَ.

وَوَجْهُ كَرَاهِيَتِهِ ذَلِكَ: مَا يَلْحَقُ فِي ذَلِكَ مِنَ الْجَهْلِ بِنَصِيبِ رَبِّ الْمَالِ.

وَمَنْ أَجَازَهُ: رَأَى أَنَّ ذَلِكَ تَافِهٌ وَيَسِيرٌ.

وَلِتَرَدُّدِ الْحُكْم بَيْنَ هَذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ(٦): اسْتَحْسَنَ مَالِكٌ ذَلِكَ فِي الرَّقِيقِ الَّذِي يَكُونُ فِي الْحَائِطِ فِي وَقْتِ [أ/٤٠١و] الْمُسَاقَاةِ، وَمَنَعَهُ [م/٢٢٨ظ] فِي غَيْرِهِمْ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاطَ الْمَنْفَعَةِ فِي ذَلِكَ أَظْهَرُ.

وَإِنَّمَا فَرَّقَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاطَها عَلَى الْعَامِلِ هُوَ مِنْ جِنْسِ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنَ الْمُسَاقَاةِ، وَهُوَ الْعَمَلُ بِيَدِهِ.

---

(١) حكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٨).

(٢) «القوانين الفقهية» (ص١٨٤)، «المقدمات» (٢/ ٨٦).

(٣) «المهذب» (١/ ٣٩٣)، «روضة الطالبين» (٥/ ١٥٥).

(٤) «القوانين الفقهية» (ص١٨٤)، «المقدمات» (٢/ ٨٦).

(٥) «المبسوط» (٢٢/ ١٣٢).

(٦) في (م): «اللفظين».

٢٢٦٦ **وَاتَّفَقَ الْقَائِلُونَ**[١] **بِالْمُسَاقَاةِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ كَانَتِ** [ب/ ٣٥٢ظ] الْمَنْفَعَةُ[٢] كُلُّهَا عَلَى رَبِّ الْحَائِطِ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَامِلِ إِلَّا مَا يَعْمَلُ بِيَدِهِ: أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهَا إِجَارَةٌ بِمَا لَمْ يُخْلَقْ.

فَهَذِهِ هِيَ صِفَةُ هَذَا الرُّكْنِ، وَالشُّرُوطُ الْجَائِزَةُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ الْجَائِزَةِ[٣].

الرُّكْنُ الثَّالِثُ:

٢٢٦٧ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الْمُسَاقَاةَ تَجُوزُ بِكُلِّ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ مِنْ أَجْزَاءِ الثَّمَرِ[٤].

وَأَجَازَ مَالِكٌ[٥] أَنْ (تَكُونَ الثَّمَرَةُ كُلُّهَا)[٦] لِلْعَامِلِ - كَمَا فَعَلَ فِي الْقِرَاضِ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ مِنْحَةٌ لَا قِرَاضٌ.

وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ.

٢٢٦٨ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِيهَا اشْتِرَاطُ مَنْفَعَةٍ زَائِدَةٍ[٧]، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهُمَا عَلَى (صَاحِبِهِ زِيَادَةَ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ، وَلَا شَيْئًا مِنَ الْأَشْيَاءِ الْخَارِجَةِ مِنَ الْمُسَاقَاةِ)[٨] إِلَّا الشَّيْءَ الْيَسِيرَ عِنْدَ مَالِكٍ: مِثْلَ سَدِّ الحَظِيرِ[٩]، وَإِصْلَاحِ الصِّهْرِيجِ[١٠] - وَهِيَ[١١] مُجْتَمَعُ الْمَاءِ.

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «المسلمون».
(٢) في (م): «المساقاة».
(٣) انظر: «المبسوط» (٢٢/ ١٣٢)، «المدونة» (٥/ ٤)، «مواهب الجليل» (٥/ ٣٧٥، ٣٨١)، «مختصر المزني» (ص١٢٥)، «المغني» (٥/ ٢٣٣).
(٤) حكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٦)، وابنُ قُدامةَ في «المغني» (٧/ ٤٢٥).
(٥) «القوانين الفقهية» (ص١٨٦).
(٦) في (م): «يكون الثمر كله».
(٧) حكى الإجماعَ على ذلك: ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٧٤).
(٨) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).
(٩) في (م): «الحظار».
(١٠) في (م): «الظفير».
(١١) في (أ): «وهو».

وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ[١] أَنْ يُسَاقِيَ عَلَى حَائِطَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: عَلَى جُزْءٍ، وَالْآخَرُ عَلَى جُزْءٍ آخَرَ[٢]، وَاحْتَجَّ بِفِعْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي خَيْبَرَ[٣].

وَذَلِكَ: أَنَّهُ سَاقَى عَلَى حَوَائِطَ مُخْتَلِفَةٍ بِجُزْءٍ وَاحِدٍ، وَفِيهِ خِلَافٌ.

[٢٢٦٨/أ] وأكثر الْعُلَمَاء عَلَى أَنَّ الْقِسْمَةَ بَيْنَ الْعَامِلِ وَالْمُسَاقِي فِي التَّمرِ لَا تَكُونُ إِلَّا بِالْكَيْلِ، وَكَذَلِكَ فِي الشَّرِكَةِ، وَأَنَّهَا لَا تَجُوزُ بِالْخَرْصِ[٤].

وَأَجَازَ قَوْمٌ قِسْمَتَهَا بِالْخَرْصِ.

[٢٢٦٨/ب] وَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ أَصْحَابُ مَالِكٍ[٥]، وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْهُ:

فَقِيلَ: يَجُوزُ.

وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ مِنَ الثِّمَارِ فِي الرِّبَوِيَّةِ، وَيَجُوزُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ.

وَقِيلَ: يَجُوزُ بِإِطْلَاقٍ إِذِ اخْتَلَفَت حَاجَةُ الشَّرِيكَيْنِ.

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ ذَلِكَ يَدْخُلُهُ الْفَسَادُ مِنْ جِهَةِ الْمُزَابَنَةِ، وَيَدْخُلُهُ بَيْعُ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ، والطَّعَامِ بِالطَّعَامِ[٦] نَسِيئَةً.

وَحُجَّةُ مَنْ أَجَازَ قِسْمَتَهَا بِالْخَرْصِ تَشْبِيهًا بِالْعَرِيَّةِ، وَبِالْخَرْصِ فِي الزَّكَاةِ.

وَفِيهِ ضَعْفٌ.

وَأَقْوَى مَا اعْتَمَدُوا عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ:

مَا جَاءَ مِنَ الْخَرْصِ فِي مُسَاقَاةِ خَيْبَرَ، مِنْ مُرْسَلِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ[٧].

---

(١) «القوانين الفقهية» (ص١٨٦)، «المقدمات» (٢/ ٢٢٩).

(٢) من (م). (٣) تقدم تخريجه.

(٤) «المبسوط» (٢٣/ ١٠٤)، «البيان»، للعمراني (٧/ ٣٦١)، «روضة الطالبين» (٥/ ١٥١)، «الإنصاف» (٥/ ٣٥٣).

(٥) «القوانين الفقهية» (ص١٨٦)، «الإشراف» (٢/ ١٣٨).

(٦) ليست في (م). (٧) تقدم تخريجهما.

الرُّكْنُ الرَّابِعُ:

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الْوَقْتِ (فِي الْمُسَاقَاةِ:

فَهُوَ صِنْفَانِ:

وَقْتٌ هُوَ شَرْطٌ فِي جَوَازِ الْمُسَاقَاةِ.

وَوَقْتٌ هُوَ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ، وَهُوَ الْمُحَدِّدُ لِمُدَّتِهَا.

فَأَمَّا الْوَقْتُ)[١] الْمُشْتَرَطُ فِي جَوَازِ عَقْدِهَا:

٢٢٦٩ فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهَا تَجُوزُ قَبْلَ بَدْءِ[٢] صَلَاحِ الثَّمَرَةِ[٣].

٢٢٧٠ **وَاخْتَلَفُوا** فِي جَوَازِ ذَلِكَ بَعْدَ بَدْءِ[٤] الصَّلَاحِ:

فَذَهَبَ الْجُمْهُورُ مِنَ الْقَائِلِينَ [ب/٣٥٣و] بِالْمُسَاقَاةِ إِلى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ[٥] بَعْدَ بُدُوِّ[٦] الصَّلَاحِ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ مِنْ [أ/٤٠١ظ] أَصْحَابِ مَالِكٍ[٧]: (لَا بَأْسَ بِذَلِكَ)[٨].

[٢٢٧٠/...] وَاخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ[٩] فِي ذَلِكَ:

فَمَرَّةً قَالَ: لَا يَجُوزُ.

وَمَرَّةً قَالَ: يَجُوزُ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب). (٢) ليست في (م).

(٣) حكى الإجماعَ على ذلك: ابن قُدامةَ في «المغني» (٥/ ٢٢٧).

(٤) في (م): «بدو».

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لا تجوز».

(٦) من (م).

(٧) «جامع الأمهات» (ص٤٣٠)، «مواهب الجليل» (٥/ ٣٧٨)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٤٤).

(٨) في (م): «يجوز ذلك».

(٩) «الحاوي» (٧/ ٤٠٥، ٤٠٦)، «نهاية المطلب» (٨/ ١١٠)، «المهذب» (١/ ٣٩٣)، «المغني» (٥/ ٢٣٤).

وَقَدْ قِيلَ عَنْهُ: إِنَّهَا لَا تَجُوزُ إِذَا خُلِقَ الثَّمَرُ.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ مُسَاقَاةَ مَا بَدَا صَلَاحُهُ مِنَ الثَّمَرِ(١) لَيسَ فِيهِ عَمَلٌ، وَلَا ضَرُورَةٌ دَاعِيَةٌ إِلَى الْمُسَاقَاةِ؛ إِذْ كَانَ يَجُوزُ بَيْعُهُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ.

قَالُوا: وَإِنَّمَا هِيَ إِجَارَةٌ إِنْ وَقَعَتْ.

وَحُجَّةُ مَنْ أَجَازَهَا: أَنَّهُ إِذَا جَازَتْ قَبْلَ أَنْ يُخْلَقَ الثَّمَرُ فَهوَ بَعْدَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ أَجْوَزُ.

وَمِنْ هُنَا لَمْ تَجُزْ عِنْدَهُمْ مُسَاقَاةُ الْبُقُولِ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهَا - أَعْنِي: عِنْدَ الْجُمْهُورِ.

وَأَمَّا الْوَقْتُ الَّذِي هُوَ شَرْطٌ فِي مُدَّةِ(٢) الْمُسَاقَاةِ:

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أن يَكُونَ مَجْهُولًا(٣) - أَعْنِي: مُدَّةً غَيْرَ مُؤَقَّتَةٍ - وَأَجَازَ طَائِفَةٌ أَنْ تَكُونَ إِلَى مُدَّةٍ غَيْرِ مُؤَقَّتَةٍ، مِنْهُمْ أَهْلُ الظَّاهِرِ(٤).

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ: مَا يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ مِنَ الْغَرَرِ؛ قِيَاسًا عَلَى الْإِجَارَةِ.

وَعُمْدَةُ أَهْلِ الظَّاهِرِ: مَا وَقَعَ فِي مُرْسَلِ مَالِكٍ(٥) مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: **«أُقِرُّكُمْ عَلَى مَا أَقَرَّكُمُ اللهُ»**.

وَكَرِهَ مَالِكٌ الْمُسَاقَاةَ(٦) فِيمَا طَالَ مِنَ السِّنِينَ.

وَانْقِضَاءُ السِّنِينَ هُوَ بِالْجَذِّ(٧) لَا بِالْأَهِلَّةِ.

وَأَمَّا هَلِ اللَّفْظُ شَرْطٌ فِي هَذَا الْعَقْدِ:

٢٣٧١ **فَاخْتَلَفُوا** فِي ذَلِكَ:

---

(١) في (م): «التمر». (٢) في (م): «هذه».

(٣) «الفتاوى الهندية» (٥/ ٢٧٨)، «البحر الرائق» (٨/ ١٨٧)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٨١)، «الحاوي الكبير» (٧/ ٤٠٥، ٤٠٦)، «المبدع» (٥/ ٥٠).

(٤) «المحلى» (٨/ ٢٥٣). (٥) تقدم تخريجه.

(٦) «الاستذكار» (٧/ ٣٦)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٧).

(٧) في (أ): «بالجذاذ»، وفي (م): «بالإجازة».

فَذَهَبَ ابْنُ الْقَاسِمِ[١] إِلَى أَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّتِهَا أَنْ لَا تَنْعَقِدَ إِلَّا بِلَفْظِ الْمُسَاقَاةِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ.

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[٢].

وَقَالَ غَيْرُهُمْ[٣]: تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ.

وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ سَحْنُونٍ[٤]. [م/٢٢٩و]

الْقَوْلُ فِي أَحْكَامِ[٥] الصِّحَّةِ وَالْمُسَاقَاةُ:

عِنْدَ مَالِكٍ[٦]: مِنَ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ بِاللَّفْظِ لَا بِالْعَمَلِ، بِخِلَافِ الْقِرَاضِ عِنْدَهُ الَّذِي يَنْعَقِدُ بِالْعَمَلِ لَا بِاللَّفْظِ.

وَهُوَ عِنْدَ مَالِكٍ عَقْدٌ مَوْرُوثٌ، وَلِوَرَثَةِ الْمُسَاقِي أَنْ يَأْتُوا بِأَمِينٍ يَعْمَلُ إِنْ لَمْ يَكُونُوا أُمَنَاءَ، وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ إِنْ أَبَى الْوَرَثَةُ مِنْ تَرِكَتِهِ[٧].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٨]: إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ تَرِكَةٌ يُسَلِّم إِلَى الْوَرَثَةِ رَبُّ الْمَالِ أُجْرَةَ مَا عَمِلَ، وَفَسَدَ الْعَقْدُ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ تَرِكَةٌ لَزِمَهُ الْمُسَاقَاةُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٩]: تَنْفَسِخُ الْمُسَاقَاةُ بِالْعَجْزِ.

وَلَمْ يُفَصِّلْ.

وَقَالَ مَالِكٌ[١٠]: إِذَا عَجَزَ ـ وَقَدْ حَلَّ بَيْعُ الثَّمَرِ[١١] ـ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُسَاقِيَ [ب/٣٥٣ظ] غَيْرَهُ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُ، وَإِنْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ اسْتُؤْجِرَ مِنْ حَظِّهِ مِنَ الثَّمَرِ.

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٣٦).
(٢) «الحاوي» (٧/ ٤٠٧).
(٣) في (م): «غيره».
(٤) «الاستذكار» (٧/ ٣٦).
(٥) في (م): «إجارة».
(٦) «الاستذكار» (٧/ ٣٦).
(٧) في (م): «عمله».
(٨) «روضة الطالبين» (٥/ ١٤٣)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٢٣٩).
(٩) «روضة الطالبين» (٥/ ١٤٣).
(١٠) «القوانين الفقهية» (ص٢٤٥)، «شرح الخرشي» (٦/ ٢٢٣).
(١١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «التمر».

٢٢٧٢ وَإِذا كَانَ الْعَامِلُ لِصًّا أَوْ ظَالِمًا: لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ بِذَلِكَ عِنْدَ مَالِكٍ[١].

وَحُكِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ[٢] أَنَّهُ قَالَ: يَلْزَمُهُ أَنْ يُقِيمَ غَيْرَهُ لِلْعَمَلِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٣]: إِذَا هَرَبَ الْعَامِلُ قَبْلَ تَمَامِ الْعَمَلِ اسْتَأْجَرَ الْقَاضِي عَلَيْهِ مَنْ يَعْمَلُ عَمَلَهُ.

٢٢٧٣ وَيَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ: أَنْ يَشْتَرِطَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ الزَّكَاةَ بِخِلَافِ الْقِرَاضِ، [أ/٤٠٢و] وَنِصَابُهُمَا عِنْدَهُ نِصَابُ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ فِي الشُّرَكَاءِ.

٢٢٧٤ وَإِذَا اخْتَلَفَ رَبُّ الْمَالِ وَالْعَامِلُ فِي مِقْدَارِ مَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْمُسَاقَاةُ مِنَ الثَّمَرِ: فَقَالَ مَالِكٌ[٤]: الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ مَعَ يَمِينِهِ إِذَا أَتَى بِمَا يُشْبِهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٥]: يَتَحَالَفَانِ وَيَتَفَاسَخَانِ، وَتَكُونُ لِلْعَامِلِ الْأُجْرَةُ، شَبَّهَهُ بِالْبَيْعِ. وَأَوْجَبَ مَالِكٌ[٦] الْيَمِينَ فِي حَقِّ الْعَامِلِ؛ لِأَنَّهُ مُؤْتَمَنٌ.

وَمِنْ أَصْلِهِ: أَنَّ الْيَمِينَ (تَجِبُ عَلَى أَقْوَى الْمُتَدَاعِيَيْنِ)[٧] شُبْهَةً.

وَفُرُوعُ هَذَا الْبَابِ كَثِيرَةٌ، لَكِنَّ الَّتِي اشْتُهِرَ الْخِلَافُ فِيهَا بَيْنَ الْفُقَهَاءِ هِيَ هَذِهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا.

(الْقَوْلُ فِي)[٨] أَحْكَامِ الْمُسَاقَاةِ الْفَاسِدَةُ:

٢٢٧٥ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الْمُسَاقَاةَ إِذَا وَقَعَتْ عَلَى غَيْرِ الْوَجْهِ الَّذِي جَوَّزَهَا

---

(١) «القوانين الفقهية» (ص١٩٢)، «منح الجليل» (٧/ ٣٧٦)، «شرح الخرشي» (٦/ ٢٢٣).
(٢) «روضة الطالبين» (٥/ ١٤٣).
(٣) «الحاوي» (٧/ ٣٢٩)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣١٩).
(٤) «القوانين الفقهية» (ص١٩٣)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٧٠).
(٥) «الحاوي» (٧/ ٣٢٩)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣١٩).
(٦) «القوانين الفقهية» (ص١٩٣)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٧٢).
(٧) مكانها بياض في (م).
(٨) من (م).

الشَّرْعُ: أَنَّهَا تَنْفَسِخُ مَا لَمْ تَفُتْ بِالْعَمَلِ[١].

٢٢٧٦ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا فَاتَتْ بِالْعَمَلِ مَاذَا يَجِبُ فِيهَا؟

فَقِيلَ: إِنَّهَا تُرَدُّ إِلَى إِجَارَةِ الْمِثْلِ فِي كُلِّ نَوْعٍ مِنْ أَنْوَاعِ الْفَسَادِ.

وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ، وَقِيَاسُ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ مَالِكٍ[٢].

وَقِيلَ: تُرَدُّ إِلَى مُسَاقَاةِ الْمِثْلِ بِإِطْلَاقٍ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ[٣] وَرِوَايَتُهُ عَنْ مَالِكٍ.

وَأَمَّا ابْنُ الْقَاسِمِ[٤]:

فَقَالَ فِي بَعْضِهَا: تُرَدُّ إِلَى مُسَاقَاةِ مِثْلِهَا.

وَفِي بَعْضِهَا: إِلَى إِجَارَةِ الْمِثْلِ.

٢٢٧٧ **وَاخْتَلَفَ التَّأْوِيلُ** عَنْهُ فِي ذَلِكَ:

فَقِيلَ فِي مَذْهَبِهِ: إِنَّهَا تُرَدُّ إِلَى إِجَارَةِ الْمِثْلِ إِلَّا فِي أَرْبَعِ مَسَائِلَ، فَإِنَّهَا تُرَدُّ إِلَى مُسَاقَاةِ مِثْلِهَا:

إِحْدَاهَا: الْمُسَاقَاةُ فِي حَائِطٍ فِيهِ تَمْرٌ قَدْ أَطْعَمَ.

وَالثَّانِيَةُ: إِذَا اشْتَرَطَ الْمُسَاقِي عَلَى رَبِّ الْمَالِ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ.

وَالثَّالِثَةُ: الْمُسَاقَاةُ مَعَ الْبَيْعِ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ.

وَالرَّابِعَةُ: إِذَا سَاقَاهُ فِي حَائِطٍ:

سَنَةً عَلَى الثُّلُثِ، وَسَنَةً عَلَى النِّصْفِ.

---

(١) حكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٧)، والقرطبي في «التفسير» (١١/ ٢٢٥).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٥٤٨)، «المقدمات الممهدات» (٢/ ٥٥٦، ٥٥٧)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٨٤)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٥)، «الفروق»، للقرافي (٤/ ١٨).

(٣) «المقدمات الممهدات» (٢/ ٥٥٦، ٥٥٧)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٥).

(٤) «المقدمات الممهدات» (٢/ ٥٥٧)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٥).

وَقِيلَ: إِنَّ الْأَصْلَ عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْمُسَاقَاةَ إِذَا لَحِقَهَا الْفَسَادُ مِنْ قِبَلِ مَا دَخَلَهَا مِنَ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ، أَوْ مِنْ بَيْعِ الثَّمَرِ قبل أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهُ؛ وَذَلِكَ [ب/٣٥٤و] مِمَّا يَشْتَرِطُهُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ مِنْ زِيَادَةٍ: رُدَّ فِيهَا إِلَى أُجْرَةِ الْمِثْلِ، مِثْلَ أَنْ يُسَاقِيَهُ عَلَى أَنْ يَزِيدَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ.

وَذَلِكَ: أَنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةَ إِنْ كَانَتْ مِنْ رَبِّ الْحَائِطِ كَانَتْ إِجَارَةً فَاسِدَةً، وَإِنْ كَانَتْ مِنَ الْعَامِلِ كَانَتْ بَيْعَ الثَّمَرِ قَبْلَ أَنْ يُخْلَقَ.

وَأَمَّا [أ/٤٠٢ظ] فَسَادُهُ مِنْ قِبَلِ الْغَرَرِ مِثْلُ الْمُسَاقَاةِ عَلَى حَوَائِطَ مُخْتَلِفَةٍ فَيُرَدُّ إِلَى مُسَاقَاةِ الْمِثْلِ.

وَهَذَا كُلُّهُ اسْتِحْسَانٌ جَارٍ عَلَى غَيْرِ قِيَاسٍ.

وَفِي الْمَسْأَلَةِ **قَوْلٌ رَابِعٌ**، وَهُوَ: أَنَّهُ يُرَدُّ إِلَى مُسَاقَاةِ مِثْلِهِ، مَا لَمْ يَكُنْ أَكْثَرَ مِنَ الْجُزْءِ الَّذِي شَرَطَ عَلَيْهِ؛ إِنْ كَانَ الشَّرْطُ لِلْمُسَاقِي، (أَوْ أَقَلَّ إِنْ كَانَ الشَّرْطُ لِلْمُسَاقِي)[١].

وَهَذَا كَافٍ بِحَسَبِ غَرَضِنَا.

(تَمَّ، وَالْحَمْدُ للهِ)[٢]. [م/٢٢٩ظ]

❁ ❁ ❁

---

(١) «القوانين الفقهية» (ص١٨٥). وما بين القوسين ليس في (م).

(٢) من (م).

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)(١)

كِتَابُ الشَّرِكَةِ

وَالنَّظَرُ فِي الشَّرِكَةِ:

فِي أَنْوَاعِهَا.

وَفِي أَرْكَانِهَا الْمُوجِبَةِ لِلصِّحَّةِ.

وفِي الْأَحْكَامِ.

وَنَحْنُ نَذْكُرُ مِنْ هَذِهِ الْأَبْوَابِ مَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ، وَمَا اشْتَهَرَ الْخِلَافُ فِيهِ بَيْنَهُمْ عَلَى مَا قَصَدْنَاهُ فِي هَذَا الْكِتَابِ.

٢٢٧٨ وَالشَّرِكَةُ بِالْجُمْلَةِ عِنْدَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ أَرْبَعَةِ أَنْوَاعٍ:

(١) شَرِكَةُ الْعِنَانِ

(٢) وَشَرِكَةُ الْأَبْدَانِ

(٣) وَشَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ

(٤) وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ.

وَاحِدَةٌ مِنْهَا مُتَّفَقٌ عَلَيْهَا(٢)، وَهِيَ شَرِكَةُ الْعِنَانِ.

وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ لَمْ يَعْرِفْ هَذَا اللَّفْظَ.

وَإِنْ كَانُوا اخْتَلَفُوا فِي بَعْضِ شُرُوطِهَا، (عَلَى مَا سَيَأْتِي بَعْدُ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) نقله: ابن قدامة في «المغني» (٧/ ١٢٣)، وعلاء الدين السمرقندي في «تحفة الفقهاء» (٣/ ٧).

وَالثَّلَاثَةُ مُخْتَلَفٌ فِيهَا.

وَمُخْتَلَفٌ فِي بَعْضِ شُرُوطِهَا)[١]، عِنْدَ مَنِ اتَّفَقَ مِنْهُمْ عَلَيْهَا.

٢٢٧٩ **الْقَوْلُ فِي شَرِكَةِ الْعِنَانِ:**

وَأَرْكَانُ هَذِهِ الشَّرِكَةِ **ثَلَاثَةٌ:**

(١) **الْأَوَّلُ:** مَحِلُّهَا مِنَ الْأَمْوَالِ.

(٢) **وَالثَّانِي:** فِي مَعْرِفَةِ قَدْرِ الرِّبْحِ مِنْ قَدْرِ الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ فِيهِ.

(٣) **والثَّالِثُ:** فِي مَعْرِفَةِ قَدْرِ الْعَمَلِ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ مِنْ قَدْرِ الْمَالِ.

الرُّكْنُ الْأَوَّلُ:

فَأَمَّا مَحِلُّ الشَّرِكَةِ:

فَمِنْهُ مَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ، وَمِنْهُ مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ.

٢٢٨٠ **فَاتَّفَقَ الْمُسْلِمُونَ** عَلَى أَنَّ الشَّرِكَةَ تَجُوزُ فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ مِنَ الْعَيْنِ - أَعْنِي: الدَّنَانِيرَ وَالدَّرَاهِمَ - وَإِنْ كَانَتْ فِي الْحَقِيقَةِ بَيْعًا لَا يَقَعُ فِيهِ مُنَاجَزَةٌ[٢].

وَمِنْ شَرْطِ الْبَيْعِ فِي الذَّهَبِ وَفِي الدَّرَاهِمِ الْمُنَاجَزَةُ، لَكِنَّ الْإِجْمَاعَ خَصَّصَ هَذَا الْمَعْنَى فِي الشَّرِكَةِ.

٢٢٨١ وَكَذَلِكَ **اتَّفَقُوا** - فِيمَا أَعْلَمُ - عَلَى الشَّرِكَةِ[٣] بِالْعَرْضَيْنِ يَكُونَانِ بِصِفَةٍ وَاحِدَةٍ[٤].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٢) حكى الإجماعَ: ابن حزم في «الإجماع» (ص١٥٦).

(٣) في (م): «الشريكين».

(٤) لا أعلم من خالف في هذه المسألة، انظر: «المبسوط» (١٣/ ٨٣)، «بدائع الصنائع» (٥/ ١٣٥، ٢٢٠)، «المدونة» (٣/ ١٢٧)، «الاستذكار» (٦/ ٤٩٧)، «التاج والإكليل» (٦/ ٤٢٧)، «الأم» (٣/ ٣٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٧٤ ـ ٤٧٥)، «نهاية المحتاج» (٤/ ١٠٦ ـ ١٠٧)، «المغني» (٦/ ١٩٥)، «الفروع» (٤/ ١١٧)، «كشاف القناع» (٣/ ٢٢٩ ـ ٢٣٠).

٢٢٨٢ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الشَّرِكَةِ بِالْعَرْضَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ وَبِالْعُيُونِ الْمُخْتَلِفَةِ، مِثْلَ الشَّرِكَةِ بِالدَّنَانِيرِ مِنْ أَحَدِهِمَا وَالدَّرَاهِمِ مِنَ الْآخَرِ، وَبِالطَّعَامِ الرِّبَوِيِّ إِذَا كَانَ صِنْفًا وَاحِدًا.

٢٢٨٣ فَهَاهُنَا **ثَلَاثُ مَسَائِلَ**:

(١) الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى:

فَأَمَّا إِذَا اشْتَرَكَا [ب/ ٢٥٤ظ] فِي صِنْفَيْنِ مِنَ الْعُرُوضِ، أَوْ فِي عُرُوضٍ وَدَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ، فَأَجَازَ ذَلِكَ ابْنُ الْقَاسِمِ(١) [أ/ ٤٠٣و].

وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ(٢).

وَقَدْ قِيلَ عَنْهُ: إِنَّهُ كَرِهَ ذَلِكَ.

وَسَبَبُ الْكَرَاهِيَةِ: اجْتِمَاعُ الشَّرِكَةِ فِيهَا وَالْبَيْعُ، وَذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الْعَرْضَانِ مُخْتَلِفَيْنِ، كَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَاعَ جُزْءًا مِنْ عَرَضِهِ بِجُزْءٍ مِنَ الْعَرَضِ الْآخَرِ.

وَمَالِكٌ(٣) يَعْتَبِرُ فِي الْعُرُوضِ إِذَا وَقَعَتْ فِيهَا الشَّرِكَةُ الْقِيَمَ.

وَالشَّافِعِيُّ(٤) يَقُولُ: لَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إِلَّا عَلَى أَثْمَانِ الْعُرُوضِ.

وَحَكَى أَبُو حَامِدٍ(٥): أَنَّ ظَاهِرَ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الشَّرِكَةَ كَالْقِرَاضِ لَا تَجُوزُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ، قَالَ: وَالْقِيَاسُ أَنَّ الْإِشَاعَةَ فِيهَا تَقُومُ مَقَامَ الْخَلْطِ.

(٢) الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:

وَأَمَّا إِنْ كَانَ الصِّنْفَانِ مِمَّا لَا يَجُوزُ فِيهِ النَّسَاءُ مِثْلَ الشَّرِكَةِ بِالدَّنَانِيرِ مِنْ عِنْدِ أَحَدِهِمَا، وَالدَّرَاهِمِ مِنْ عِنْدِ الْآخَرِ، وبِالطَّعَامَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ:

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٢٧).
(٢) «الاستذكار» (٦/ ٤٩٧)، «التاج والإكليل» (٦/ ٤٢٧).
(٣) «المدونة» (٣/ ١٢٧)، «الاستذكار» (٦/ ٤٩٧).
(٤) «مغني المحتاج» (٢/ ٤٧٥)، «نهاية المحتاج» (٤/ ١٠٧).
(٥) انظر: «الوسيط» (٣/ ٢٦١).

فَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ مَالِكٍ[١]:

فَأَجَازَهُ مَرَّةً، (وَمَنَعَهُ مَرَّةً)[٢].

وَذَلِكَ لِمَا يَدْخُلُ الشَّرِكَةَ بِالدَّرَاهِمِ مِنْ عِنْدِ أَحَدِهِمَا، وَالدَّنَانِيرِ[٣] مِنْ عِنْدِ الْآخَرِ مِنَ الشَّرِكَةِ وَالصَّرْفِ، وَعَدَمِ التَّنَاجُزِ[٤].

وَبِالْمَنْعِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[٥].

وَمَنْ لَمْ يَعْتَبِرْ هَذِهِ الْعِلَلَ أَجَازَهَا.

(٣) الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ:

وَأَمَّا الشَّرِكَةُ بِالطَّعَامِ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ: فَأَجَازَهَا ابْنُ الْقَاسِمِ؛ قِيَاسًا عَلَى إِجْمَاعِهِمْ عَلَى جَوَازِهَا فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ مِنَ الذَّهَبِ والْفِضَّةِ.

وَمَنَعَهَا مَالِكٌ[٦] فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ ـ وَهُوَ الْمَشْهُورُ ـ لِعَدَمِ الْمُنَاجَزَةِ (الَّتِي تَدْخُلُ)[٧] فِيهِ؛ إِذْ رَأَى أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ أَنْ لَا يُقَاسَ عَلَى مَوْضِعِ الرُّخْصَةِ بِالْإِجْمَاعِ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ وَجْهَ كَرَاهِيَةِ مَالِكٍ لِذَلِكَ أَنَّ الشَّرِكَةَ تَفْتَقِرُ إِلَى الِاسْتِوَاءِ فِي الْقِيمَةِ، وَالْبَيْعُ يَفْتَقِرُ إِلَى الِاسْتِوَاءِ فِي الْكَيْلِ، فَافْتَقَرَتِ[٨] الشَّرِكَةُ بِالطَّعَامَيْنِ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ إِلَى اسْتِوَاءِ الْقِيمَةِ وَالْكَيْلِ، وَذَلِكَ لَا يَكَادُ يُوجَدُ:

فَكَرِهَ مَالِكٌ[٩] [م/ ٢٣٠و] ذَلِكَ.

---

(١) «القوانين الفقهية» (ص١٨٩).

(٢) من (م).

(٣) في (م): «والدراهم».

(٤) زاد في المطبوع: «وَلِمَا يَدْخُلُ الطَّعَامَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ مِنَ الشَّرِكَةِ، وَعَدَمِ التَّنَاجُزِ».

(٥) «المدونة» (٣/ ١٢٩)، «الاستذكار» (٦/ ٤٩٧).

(٦) «المدونة» (٣/ ١٢٩)، «الاستذكار» (٦/ ٤٩٧).

(٧) في (م): «الذي يدخل».

(٨) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «فأقرت».

(٩) «المدونة» (٣/ ١٣٠)، «الاستذكار» (٦/ ٤٩٦).

فَهَذَا هُوَ اخْتِلَافُهُمْ فِي جِنْسِ مَحِلِّ الشَّرِكَةِ.

٢٢٨٤ (وَاخْتَلَفُوا: هَلْ مِنْ شَرْطِ مَالِ الشَّرِكَةِ أَنْ يَخْتَلِطَ أَوْ لَا يَخْتَلِطَ؟

فَقَالَ مَالِكٌ[١]: إِنَّ مِنْ شَرْطِ مَالِ الشَّرِكَةِ)[٢] أَنْ يَخْتَلِطَ إِمَّا حِسًّا، وَإِمَّا حُكْمًا، مِثْلَ أَنْ يَكُونَا[٣] فِي صُنْدُوقٍ وَاحِدٍ وَأَيْدِيهِمَا مُنْطَلِقَةٌ عَلَيْهِمَا[٤].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٥]: لَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ (حَتَّى يَخْلِطَا مَالَيْهِمَا خَلْطًا لَا يَتَمَيَّزُ بِهِ مَالُ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخَرِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٦]: تَصِحُّ الشَّرِكَةُ)[٧]، وَإِنْ كَانَ مَالُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِيَدِهِ.

فَأَبُو حَنِيفَةَ: اكْتَفَى فِي انْعِقَادِ الشَّرِكَةِ بِالْقَوْلِ.

وَمَالِكٌ[٨]: اشْتَرَطَ إِلَى ذَلِكَ الاشْتِرَاكَ في التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ.

وَالشَّافِعِيُّ: اشْتَرَطَ إِلَى هَذَيْنِ الِاخْتِلَاطَ. [أ/٤٠٣ظ]

[٢٢٨٤/...] وَالْفِقْهُ أَنَّ بِالِاخْتِلَاطِ يَكُونُ عَمَلُ الشَّرِيكَيْنِ أَفْضَلَ وَأَتَمَّ؛ لِأَنَّ النُّصْحَ يُوجَدُ مِنْهُ لِشَرِيكِهِ كَمَا يُوجَدُ [ب/٣٥٥و] لِنَفْسِهِ، فَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ فِي هَذَا الرُّكْنِ، (وَفِي شُرُوطِهِ)[٩].

الرُّكْنُ الثَّانِي - وَهُوَ وَجْهُ اقْتِسَامِهِمَا[١٠] الرِّبْحَ:

٢٢٨٥ **فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ الرِّبْحُ (تَابِعًا لِرُءُوسِ الْأَمْوَالِ -

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٣٠)، «الاستذكار» (٦/ ٤٩٦)، «مواهب الجليل» (٥/ ١٢٣).

(٢) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يكون».

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «عليه».

(٥) «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢/ ٤١٧).

(٦) «البحر الرائق» (٥/ ١٨١)، «فتح القدير» (٦/ ١٥٤)، «الفتاوى الهندية» (٢/ ٣٠٦).

(٧) ما بين القوسين من (م).

(٨) «الخرشي» (٦/ ٣٩)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٤٨)، «منح الجليل» (٦/ ٢٥١).

(٩) من (م).

(١٠) مكانها بياض في (م).

أَعْنِي: إِنْ كَانَ أَصْلُ مَالِ الشَّرِكَةِ مُتَسَاوِيَيْنِ، كَانَ الرِّبْحُ)[١] بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ[٢].

٢٢٨٦ **وَاخْتَلَفُوا**: هَلْ يَجُوزُ أَنْ تَخْتَلِفَ رُءُوسُ أَمْوَالِهِمَا وَيَسْتَوِيَانِ فِي الرِّبْحِ؟

فَقَالَ مَالِكٌ[٣]، وَالشَّافِعِيُّ[٤]: لَا يَجُوزُ.

وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ: يَجُوزُ ذَلِكَ[٥].

وَعُمْدَةُ مَنْ مَنَعَ ذَلِكَ:

تَشْبِيه الرِّبْحِ بِالْخُسْرَانِ، فَكَمَا أَنَّهُ لَوِ اشْتَرَطَ أَحَدُهُمَا (عَلَى الْآخَرِ)[٦] جُزْءًا مِنَ الْخُسْرَانِ لَمْ يَجُزْ، كَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَطَ جُزْءًا مِنَ الرِّبْحِ خَارِجًا عَنْ مَالِهِ.

وَرُبَّمَا شَبَّهُوا الرِّبْحَ بِمَنْفَعَةِ الْعَقَارِ الَّذِي بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ ـ أَعْنِي: أَنَّ الْمَنْفَعَةَ بَيْنَهُمَا تكُونُ عَلَى نِسْبَةِ أَصْلِ الشَّرِكَةِ.

وَعُمْدَةُ أَهْلِ الْعِرَاقِ: تَشْبِيهُ الشَّرِكَةِ بِالْقِرَاضِ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ لَمَّا جَازَ فِي الْقِرَاضِ أَنْ يَكُونَ لِلْعَامِلِ مِنَ الرِّبْحِ مَا اصْطَلَحَا عَلَيْهِ، وَالْعَامِلُ لَيْسَ يَجْعَلُ مُقَابِلَهُ إِلَّا عَمَلًا فَقَطْ؛ كَانَ فِي الشَّرِكَةِ أَحْرَى أَنْ يجْعَلَ لِلْعَمَلِ جُزْءًا مِنَ الْمَالِ إِذَا كَانَتِ الشَّرِكَةُ مَالًا مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَعَمَلًا، فَيَكُونُ ذَلِكَ الْجُزْءُ مِنَ الرِّبْحِ مُقَابِلًا لِفَضْلِ عَمَلِهِ عَلَى عَمَلِ صَاحِبِهِ، فَإِنَّ النَّاسَ يَتَفَاوَتُونَ فِي الْعَمَلِ، كَمَا يَتَفَاوَتُونَ فِي غَيْرِ ذَلِكَ.

وَأَمَّا الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الَّذِي هُوَ الْعَمَلُ:

فَإِنَّهُ تَابِعٌ ـ كَمَا قُلْنَا ـ عِنْدَ مَالِكٍ لِلْمَالِ، فَلَا يُعْتَبَرُ بِنَفْسِهِ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م).

(٢) حكى الإجماعَ: ابن قُدامةَ في «المغني» (٦/ ٢٩٦).

(٣) «المدونة» (٣/ ٢٣٩ ـ ٢٤٠)، «المنتقى» (٥/ ٤٨)، «الذخيرة» (٥/ ١٦٥ ـ ١٦٦).

(٤) «روضة الطالبين» (٣/ ٥٣١)، «أسنى المطالب» (٢/ ٩٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٧٩ ـ ٤٨٠).

(٥) «المغني» (٦/ ٢٩٦).

(٦) من (م).

وَهُوَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ(١): يُعْتَبَرُ مَعَ الْمَالِ.

وَأَظُنُّ أَنَّ مِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ لَا يُجِيزُ الشَّرِكَةَ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَالَاهُمَا مُتَسَاوِيَيْنِ(٢) الْتِفَاتًا إِلَى الْعَمَلِ، فَإِنَّهُمْ يَرَوْنَ أَنَّ الْعَمَلَ فِي الْغَالِبِ مُسْتَوِيًا، فَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَالُ بَيْنَهُمَا عَلَى التَّسَاوِي، كَانَ هُنَالِكَ غَبْنٌ عَلَى أَحَدِهِمَا فِي الْعَمَلِ.

وَلِهَذَا قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ(٣)(٤): **أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى جَوَازِ الشَّرِكَةِ الَّتِي يُخْرِجُ فِيهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ مَالًا مِثْلَ مَالِ صَاحِبِهِ مِنْ نَوْعِهِ ـ أَعْنِي: دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ـ ثُمَّ يَخْلِطَانِهِمَا(٥) حَتَّى يَصِيرَا مَالًا وَاحِدًا لَا يَتَمَيَّزُ، عَلَى أَنْ يَبِيعَا وَيَشْتَرِيَا مَا رَأَيَا مِنْ أَنْوَاعِ التِّجَارَةِ، وَعَلَى أَنَّ مَا كَانَ مِنْ فَضْلٍ فَهُوَ بَيْنَهُمَا بِنِصْفَيْنِ، وَمَا كَانَ مِنْ خَسَارَةٍ فَهُوَ كَذَلِكَ، وَذَلِكَ: إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ، وَاشْتِرَاطُهُ [ب/ ٣٥٥ظ] هَذَا الشَّرْطَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ فِيهِ خِلَافًا، [أ/ ٤٠٤و] وَالْمَشْهُورُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ(٦) أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ شَرْطِ الشُّرَكَاءِ أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ.

الْقَوْلُ فِي شَرِكَةِ الْمُفَاوَضَةِ:

٢٢٨٧ **وَاخْتَلَفُوا** فِي شَرِكَةِ الْمُفَاوَضَةِ:

فَاتَّفَقَ مَالِكٌ(٧)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٨) بِالْجُمْلَةِ عَلَى جَوَازِهَا، وَإِنْ كَانَ اخْتَلَفُوا فِي بَعْضِ شُرُوطِهَا.

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٢٣).
(٢) في (م): «متساويان».
(٣) في (م): «ابن المواز».
(٤) في «الإجماع» (ص٦٧).
(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يخلطاهما».
(٦) «البحر الرائق» (٥/ ١٨١)، «فتح القدير» (٦/ ١٥٤)، «الفتاوى الهندية» (٢/ ٣٠٦)، «الخرشي» (٦/ ٣٩)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٤٨)، «منح الجليل» (٦/ ٢٥١)، «مطالب أولي النهى» (٣/ ٥٠١)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٢٠٩)، «كشاف القناع» (٣/ ٤٩٧).
(٧) «الشرح الكبير» (٣/ ٥١٧)، بلغة السالك» (٣/ ٦٨٢)، «منح الجليل» (٧/ ٣١٧)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٦).
(٨) «العناية شرح الهداية» (٨/ ٤٤٧)، «الفتاوى الهندية» (٤/ ٢٨٥).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١): لَا تَجُوزُ.

وَمَعْنَى شَرِكَةِ الْمُفَاوَضَةِ:

أَنْ يُفَوِّضَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ إِلَى صَاحِبِهِ التَّصَرُّفَ فِي مَالِهِ مَعَ غَيْبَتِهِ وَحُضُورِهِ، وَذَلِكَ وَاقِعٌ عِنْدَهُمْ فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ التَّمَلُّكَاتِ(٢).

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيِّ(٣): أَنَّ اسْمَ الشَّرِكَةِ إِنَّمَا يَنْطَلِقُ(٤) عَلَى اخْتِلَاطِ الْأَمْوَالِ، فَإِنَّ الْأَرْبَاحَ فُرُوعٌ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْفُرُوعُ مُشْتَرَكَةً [م/ ٢٣٠ظ] إِلَّا بِاشْتِرَاكِ أُصُولِهَا. وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَطَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رِبْحًا لِصَاحِبِهِ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ، فَذَلِكَ مِنَ الْغَرَرِ، وَمِمَّا لَا يَجُوزُ.

وَهَذِهِ صِفَةُ شَرِكَةِ الْمُفَاوَضَةِ.

وَأَمَّا مَالِكٌ(٥): فَيَرَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ بَاعَ جُزْءًا مِنْ مَالِهِ بِجُزْءٍ مِنْ مَالِ شَرِيكِهِ، ثُمَّ وَكَّلَ كُلٌّ وَاحِد مِنْهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى النَّظَرِ فِي الْجُزْءِ الَّذِي بَقِيَ فِي يَدِهِ. وَالشَّافِعِيُّ(٦): يَرَى أَنَّ الشَّرِكَةَ لَيْسَتْ هِيَ (بَيْعًا، وَوَكَالَةً)(٧).

(وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ(٨): فَهُوَ هَاهُنَا عَلَى أَصْلِهِ، فِي أَنَّهُ لَا يُرَاعِي فِي شَرِكَةِ الْعِنَانِ إِلَّا اللَّفْظَ فَقَطْ)(٩).

[٢٢٨٧/أ] وَأَمَّا مَا يَخْتَلِفُ فِيهِ مَالِكٌ(١٠) وَأَبُو حَنِيفَةَ مِنْ شُرُوطِ هَذِهِ الشَّرِكَةِ:

---

(١) «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣/ ٥٢)، «روضة الطالبين» (٥/ ١١٧)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٠٩، ٣١٠)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٢٢٠).

(٢) في (م): «المتملكات».

(٣) «حاشية البجيرمي» (٢/ ٢٢٩).

(٤) في (أ): «تطلق»، وفي (م): «تقع».

(٥) «الشرح الكبير» (٣/ ٥١٧)، «بلغة السالك» (٣/ ٦٨٢)، «منح الجليل» (٧/ ٣١٧).

(٦) «الوسيط (٣/ ٢٦١)، حاشية البجيرمي (٢/ ٢٢٩).

(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بيع وكالة».

(٨) «تبيين الحقائق» (٥/ ٥٦)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٥٦).

(٩) ما بين القوسين ليس في (م).

(١٠) «الشرح الكبير» (٣/ ٥١٧)، «منح الجليل» (٧/ ٣١٩).

فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يَرَى أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْمُفَاوَضَةِ التَّسَاوِيَ فِي (رُءُوسِ الْأَمْوَالِ)[(١)].

وَقَالَ مَالِكٌ[(٢)]: لَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا ذَلِكَ؛ تَشْبِيهًا بِشَرِكَةِ الْعِنَانِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]: لَا يَكُونُ لِأَحَدِهِمَا شَيْءٌ[(٤)] إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ فِي الشَّرِكَةِ.

وَعُمْدَتُهُمْ: أَنَّ اسْمَ الْمُفَاوَضَةِ يَقْتَضِي هَذَيْنِ الْأَمْرَيْنِ ـ أَعْنِي: تَسَاوِيَ الْمَالَيْنِ وَتَعْمِيمَ مِلْكِهِمَا.

الْقَوْلُ فِي شَرِكَةِ الْأَبْدَانِ:

وَشَرِكَةُ الْأَبْدَانِ بِالْجُمْلَةِ ـ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ[(٥)] وَالْمَالِكِيَّةِ جَائِزَةٌ[(٦)].

وَمَنَعَ مِنْهَا الشَّافِعِيُّ[(٧)].

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيَّةِ:

أَنَّ الشَّرِكَةَ إِنَّمَا تَخْتَصُّ بِالْأَمْوَالِ لَا بِالْأَعْمَالِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَنْضَبِطُ فَهُوَ غَرَرٌ عِنْدَهُمْ؛ إِذْ كَانَ عَمَلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَجْهُولًا عِنْدَ صَاحِبِهِ.

وَعُمْدَةُ الْمَالِكِيَّةِ:

اشْتِرَاكُ الْغَانِمِينَ فِي الْغَنِيمَةِ، وَهُمْ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّونَ ذَلِكَ بِالْعَمَلِ. «وَمَا رُوِيَ مِنْ أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ شَارَكَ سَعْدًا يَوْمَ بَدْرٍ، فَأَصَابَ سَعْدٌ فَرَسَيْنِ، وَلَمْ يُصِبِ

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «رأس المال».

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٥١٨)، «بلغة السالك» (٣/ ٦٨١)، «منح الجليل» (٧/ ٣١٩).

(٣) «المبسوط» (٢٢/ ٨٤).

(٤) في (م): «شيئًا».

(٥) «المبسوط» (١١/ ١٥٤)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٣٢١)، «العناية شرح الهداية» (٦/ ١٨٢)، «الجوهرة النيرة» (١/ ٢٨٩)، «حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني» (٢/ ٢٠١).

(٦) «التاج والإكليل» (٥/ ١٣٦)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٦١)، «الخرشي» (٦/ ٥١)، «منح الجليل» (٦/ ٢٨٥).

(٧) «روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٩)، «المهذب» (١/ ٣٤٦)، «الوسيط» (٣/ ٢٦٢)، «كفاية الأخيار» (١/ ٢٦٩)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢١٢).

ابْنَ مَسْعُودٍ شَيْئًا، فَلَمْ يُنْكِرِ النَّبِيُّ ﷺ [ب/٣٥٦و] (عَلَيْهِمَا[١])»[٢].

وَأَيْضًا، فَإِنَّ الْمُضَارَبَةَ إِنَّمَا تَنْعَقِدُ عَلَى الْعَمَلِ، فَجَازَ أَنْ تَنْعَقِدَ عَلَيْهِ الشَّرِكَةُ.

[٢٢٨٧/ب] وَلِلشَّافِعِيِّ (أَنَّ يَقُولَ)[٣]: إِنَّ الْمُضَارَبَةَ خَارِجَةٌ عَنِ الْأُصُولِ، فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهَا، وَكَذَلِكَ يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُ [أ/٤٠٤ظ] الْغَنِيمَةِ خَارِجًا عَنِ الشَّرِكَةِ؛ وَمِنْ شَرْطِهَا عِنْدَ مَالِكٍ اتِّفَاقُ[٤] الصَّنْعَتَيْنِ (وَالْمَكَانِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٥]: يَجُوزُ مَعَ اخْتِلَافِ الصِّنْفَيْنِ[٦])[٧]، فَيَشْتَرِكُ عِنْدَهُ الدِّبَاغُ وَالْقِصَارُ، وَلَا يَشْتَرِكَانِ عِنْدَ مَالِكٍ[٨].

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ: زِيَادَةُ الْغَرَرِ الَّذِي يَكُونُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الصَّنْعَتَيْنِ، أَوِ اخْتِلَافِ الْمَكَانِ.

وَعُمْدَةُ أَبِي حَنِيفَةَ: جَوَازُ الشَّرِكَةِ عَلَى (الْعَمَلِ[٩].

---

(١) من هنا يبدأ خرم في (ب)، وهو قدر لوحة تقريبًا.

(٢) تابع المصنفُ جدَّه ابن رشد الفقيه في سياق الحديث في «المقدمات الممهدات» (٣/ ٣٨).
وإنما الحديث عند أبي داود (٣٣٨٨)، والنسائي (٣٩٣٧)، عن عبد الله بن مسعود، قال: «اشتركت أنا، وعمَّار، وسعد، فيما نصيب يوم بدر، قال: فجاء سعد بأسيرين، ولم أجئ أنا وعمَّار بشيء».
وليس في الحديث اطلاع النبي ﷺ على ذلك، ولا عدم إنكاره، ولا أن ما جاء به سعد: (فَرَسين) بل (أسيرين)، قاله المحدث الغُماري.
ينظر: «الهداية في تخريج أحاديث البداية» (٧/ ٥٣٣).

(٣) من (م).

(٤) من (م).

(٥) «بدائع الصنائع» (٦/ ٧٦).

(٦) في المطبوع: «الصنعتين».

(٧) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٨) «الشرح الصغير» (٣/ ٤٧٤)، «التاج والإكليل» (٥/ ١٣٦).

(٩) من هنا يبدأ خرم في (أ).

الْقَوْلُ فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ:

وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ عِنْدَ مَالِكٍ(١)، وَالشَّافِعِيِّ(٢) بَاطِلَةٌ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٣): جَائِزَةٌ.

وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ هِيَ الشَّرِكَةُ عَلَى)(٤) الذِّمَمِ مِنْ غَيْرِ صَنْعَةٍ وَلَا مَالٍ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ(٥)، وَالشَّافِعِيِّ(٦): أَنَّ الشَّرِكَةَ إِنَّمَا تَتَعَلَّقُ عَلَى الْمَالِ، أَوْ عَلَى الْعَمَلِ، وَكِلَاهُمَا مَعْدُومَانِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَعَ مَا فِي ذَلِكَ مِنَ الْغَرَرِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَاوَضَ(٧) صَاحِبَهُ بِكَسْبٍ غَيْرِ مَحْدُودٍ بِصِنَاعَةٍ وَلَا عَمَلٍ مَخْصُوصٍ.

وَأَبُو حَنِيفَةَ(٨) يعتبر أَنَّهُ عَمَلٌ مِنَ الْأَعْمَالِ، فَجَازَ أَنْ يَنْعَقِدَ عَلَيْهِ الشَّرِكَةُ.

الْقَوْلُ فِي أَحْكَامِ الشَّرِكَةِ الصَّحِيحَةِ:

وَهِيَ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ لَا مِنَ اللَّازِمَةِ ـ أَيْ: لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يَنْفَصِلَ مِنَ الشَّرِكَةِ مَتَى شَاءَ ـ وَهِيَ عَقْدٌ غَيْرُ مَوْرُوثٍ، وَنَفَقَتُهُمَا وَكُسْوَتُهُمَا مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ إِذَا تَقَارَبَا فِي الْعِيَالِ، وَلَمْ يَخْرُجَا عَنْ نَفَقَةِ مِثْلِهِمَا(٩).

وَيَجُوزُ لِأَحَدِ الْمُتَفَاوِضَيْنِ أَنْ يُبْضِعَ، وَأَنْ يُقَارِضَ، وَأَنْ يُودِعَ إِذَا دَعَتْ إِلَى ذَلِكَ ضَرُورَةٌ.

وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَهَبَ شَيْئًا مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ، وَلَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ إِلَّا (تَصَرُّفًا يَرَى أَنَّهُ نَظَرٌ لَهُمَا.

---

(١) «الذخيرة» (٦/ ٢٣).
(٢) «الحاوي» (٧/ ٣٠٥).
(٣) «البحر الرائق» (٥/ ١٨٨).
(٤) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (أ).
(٥) «شرح الخرشي» (٦/ ٤٩).
(٦) «المهذب» (١/ ٣٤٥)، «الحاوي» (٦/ ٤٨١).
(٧) في (م): «عارض».
(٨) «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١٦)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٨)، «العناية شرح الهداية» (٨/ ٢٧٥).
(٩) في (م): «مثليهما».

وَأَمَّا مَنْ قَصَّرَ فِي شَيْءٍ أَوْ تَعَدَّى فَهُوَ ضَامِنٌ، مِثْلَ أَنْ يَدْفَعَ مَالًا مِنَ التِّجَارَةِ فَلَا يَشْهَدُ، وَيُنْكِرُهُ)[1] الْقَابِضُ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ قَصَّرَ إِذْ لَمْ يَشْهَدْ.

وَلَهُ أَنْ يَقْبَلَ الشَّيْءَ الْمَعِيبَ[2] فِي الشِّرَاءِ.

وَإِقْرَارُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ فِي مَالٍ لِمَنْ يُتَّهَمُ عَلَيْهِ لَا يَجُوزُ، وَتَجُوزُ إِقَالَتُهُ، وَتَوْلِيَتُهُ. وَلَا يَضْمَنُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مَا ذَهَبَ مِنْ مَالِ التِّجَارَةِ بِاتِّفَاقٍ، وَلَا يَجُوزُ لِلشَّرِيكِ الْمُفَاوِضِ أَنْ يُقَارِضَ غَيْرَهُ إِلَّا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ. [م/ ٢٣١و]

وَيَتَنَزَّلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَنْزِلَةَ صَاحِبِهِ فِيمَا لَهُ وَفِيمَا عَلَيْهِ فِي مَالِ التِّجَارَةِ.

وَفُرُوعُ هَذَا الْبَابِ كَثِيرَةٌ)[3].

(تَّم، وَالْحَمْدُ للهِ)[4].

[أ/ ٤٢٨ظ] [ب/ ٣٧٨و] [م/ ٢١٤ظ]

❁ ❁ ❁

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م).

(٢) في (م): «المغيب».

(٣) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (ب)، وهو قدر لوحة تقريبًا.

(٤) من (م).

كِتَابُ الشُّفْعَةِ (١)

وَالنَّظَرُ فِي الشُّفْعَةِ أَوَّلًا في (٢) قِسْمَيْنِ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ:

فِي تَصْحِيحِ هَذَا الْحُكْمِ، وَفِي أَرْكَانِهِ.

والثَّانِي:

فِي أَحْكَامِهِ.

فَأَمَّا وُجُوبُ الْحُكْمِ بِالشُّفْعَةِ:

فَالْمُسْلِمُونَ **مُتَّفِقُونَ** عَلَيْهِ (٣)، لِمَا وَرَدَ فِي ذَلِكَ مِنَ الْأَحَادِيثِ الثَّابِتَةِ.

وَأَرْكَانُهَا **أَرْبَعَةٌ**:

الشَّافِعُ، وَالْمَشْفُوعُ عَلَيْهِ، وَالْمَشْفُوعُ فِيهِ (٤)، وَصِفَةُ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ.

الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: وَهُوَ الْمَشْفُوعُ فِيهِ.

اتَّفَقَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَنَّ الشُّفْعَةَ وَاجِبَةٌ فِي الدُّورِ، وَالْعَقَارِ، وَالْأَرَضِينَ كُلِّهَا (٥).

---

(١) جاء هذا الكتاب متأخرًا في النسخة (أ)، (ب)، وقد سرنا على ترتيب النسخة (م).

(٢) في (م): «ينقسم».

(٣) حكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٣٦)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ٦٧)، وابنُ هُبَيرة في «الإفصاح» (٢/ ٢٨)، وابنُ قُدامةَ في «المغني» (٧/ ٤٣٥).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «به».

(٥) حكى الإجماعَ: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص١٣٦)، «الإشراف» (٦/ ١٥٢)، «الإقناع» (١/ ٢٦٧)، والماوردي في «الحاوي» (٧/ ٢٢٧)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ٦٧)، والبغوي فِي «شرح السُّنَّة» (٨/ ٢٤١)، وابنُ هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٢٨)، =

وَاخْتَلَفُوا فِيمَا سِوَى ذَلِكَ:

٢٢٨٨ فَتَحْصِيلُ[(١)] مَذْهَبِ مَالِكٍ[(٢)] **أَنَّهَا فِي ثَلَاثَةِ أَنْوَاعٍ**:

أَحَدُهَا: مَقْصُودٌ، وَهُوَ الْعَقَارُ مِنَ الدُّورِ، وَالْحَوَانِيتِ، وَالْبَسَاتِينِ.

وَالثَّانِي: مَا يَتَعَلَّقُ[(٣)] بِالْعَقَارِ مِمَّا هُوَ ثَابِتٌ: لَا يُنْقَلُ، وَلَا يُحَوَّلُ، وذَلِكَ كَالْبِئْرِ، (وَمَحَالِّ النَّخْلِ)[(٤)]، مَا دَامَ الْأَصْلُ فِيهَا عَلَى صِفَةٍ تَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ عَنْهُ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْأَصْلُ هُوَ الْأَرْضُ مُشَاعًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ غَيْرَ مَقْسُومٍ.

وَالثَّالِثُ: مَا تَعَلَّقَ بِهَذِهِ[(٥)] كَالثِّمَارِ، وَفِيه عنده [ب/٣٧٨ظ] خِلَافٌ، وَكَذَلِكَ كِرَاءُ الْأَرْضِ لِلزَّرْعِ، وَكِتَابَةُ الْمُكَاتَبِ.

[٢٢٨٨/أ] وَاخْتَلَفَ عَنْهُ فِي الشُّفْعَةِ فِي الْحَمَّامِ وَالرَّحَا[(٦)].

= والقرطبي في «المفهم» (٤/ ٥٢٤)، والنوويُّ في «شرح صحيح مسلم» (١١/ ٤٥)، وشيخ الإسلام ابن تيمية في «الفتاوى» (٣٠/ ٣٨١).
وقد نصَّ ابن حزم على نفي وقوع الإجماع في الشفعة في «مراتب الإجماع» (ص١٥٩).
بل قال في «المحلى» (٨/ ١٠): «وقد جسر بعضهم ـ على جاري عادته في الكذب ـ فادَّعى الإجماع على وجوب الشفعة في الأرض، والبناء، والأشجار فقط، وادَّعى الإجماع على سقوط الشفعة فيما سواها.
أما الإجماع على وجوب الشفعة في الأرض وما فيها من بناء وشجر، فقد أوردنا عن الحسن وابن سيرين وعبد الملك بن يعلى وعثمان البتي خلاف ذلك، وهؤلاء فقهاء تابعون».
ينظر: «الحاوي الكبير» (٧/ ٢٢٧)، «المغني» (٧/ ٤٣٥).
ونُقِل إنكارها أيضًا ـ عن جابر بن زيد من التابعين، «كفاية الأخيار» (ص٢٨٤)، «مغني المحتاج» (٣/ ٣٧٣).

(١) في (م): «فيتحصل فِي».
(٢) «القوانين الفقهية» (ص١٨٧)، «مواهب الجليل» (٥/ ١٣٤)، «منح الجليل» (٦/ ٢٨١).
(٣) في (م): «علق».
(٤) بيض مكانها في (م).
(٥) في (ب): «بهذا».
(٦) «الاستذكار» (٧/ ٨٧).

وَأَمَّا مَا عَدَا هَذَا مِنَ الْعُرُوضِ وَالْحَيَوَانِ: فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا عِنْدَهُ، [أ/٤٢٩و] وَكَذَلِكَ لَا شُفْعَةَ عِنْدَهُ فِي الطَّرِيقِ، وَلَا فِي عَرْصَةِ الدَّارِ[١].

[٢٢٨٨/ب] وَاخْتُلِفَ عَنْهُ فِي أَكْرِيَةِ الدُّورِ[٢]، وَفِي الْمُسَاقَاةِ، وَفِي الدَّيْنِ، هَلْ يَكُونُ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ أَحَقَّ؟

وَكَذَلِكَ الَّذِي عَلَيْهِ الْكِتَابَةُ، وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ[٣].

وَرَوَى: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِي الدَّيْنِ»[٤].

وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ[٥].

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[٦]: لَا شُفْعَةَ فِي الدَّيْنِ.

[٢٢٨٨/ج] وَلَمْ يَخْتَلِفَا فِي إِيجَابِهَا فِي الْكِتَابَةِ؛ لِحُرْمَةِ الْعِتْقِ.

وَفُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ عَلَى أَنْ لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي الْعَقَارِ فَقَطْ[٧].

وَحُكِيَ عَنْ قَوْمٍ[٨]: أَنَّ الشُّفْعَةَ فِي كُلِّ شَيْءٍ مَا عَدَا الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ.

وَلَمْ يُجِزْ أَبُو حَنِيفَةَ[٩]: الشُّفْعَةَ فِي الْبِئْرِ وَالْفَحْلِ، وَأَجَازَهَا فِي الْعَرْصَةِ وَالطَّرِيقِ.

وَوَافَقَ الشَّافِعِيُّ[١٠] مَالِكًا فِي الْعَرْصَةِ وَفِي الطَّرِيقِ (وَفِي الْبِئْرِ)[١١].

وَخَالَفَاهُ جَمِيعًا فِي الثِّمَارِ.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ فِي قَصْرِ الشُّفْعَةِ عَلَى الْعَقَارِ: مَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ الثَّابِتِ

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٨٧).
(٢) «الاستذكار» (٧/ ٨٧).
(٣) «الاستذكار» (٧/ ٨٧).
(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٤٤٣٣)، عن عُمَر بن عبد العزيز معضلًا.
(٥) «الاستذكار» (٧/ ٨٧).
(٦) «الاستذكار» (٧/ ٨٨).
(٧) من (م).
(٨) «الاستذكار» (٧/ ٨٨).
(٩) «المبسوط» (١٤/ ٩٣)، «البناية» (١١/ ٣٥١ ـ ٣٥٢).
(١٠) «المدونة» (٤/ ٢١٣)، «الذخيرة» (٧/ ٢٦٢)، «مواهب الجليل» (٥/ ٣١٠ ـ ٣١١).
(١١) ليس في (م).

مِنْ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ؛ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ، وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ: فَلَا شُفْعَةَ**»(١).

فَكَأَنَّهُ قَالَ: الشُّفْعَةُ فِيمَا تُمْكِنُ فِيهِ الْقِسْمَةُ مَا دَامَ لَمْ يَنْقَسِمْ.

وَهَذَا اسْتِدْلَالٌ بِدَلِيلِ الْخِطَابِ، وَقَدْ أَجْمَعَ عَلَيْهِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ مَعَ اخْتِلَافِهِمْ فِي صِحَّةِ [م/٢١٥و] الِاسْتِدْلَالِ بِهِ(٢).

وَأَمَّا عُمْدَةُ مَنْ أَجَازَهَا فِي كُلِّ شَيْءٍ: فَمَا خَرَّجَهُ التِّرْمِذِيُّ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**الشَّرِيكُ شَفِيعٌ، وَالشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ**»(٣).

---

(١) أخرجه البخاريُّ (٢٤٩٥).

(٢) قال البغوي في «شرح السُّنَّة» (٨/ ٢٤١): «اتفق أهل العلم على ثبوت الشفعة للشريك في الربع المنقسم، إذا باع أحد الشركاء نصيبه قبل القسمة».

● وقال ابن رشد الجد في «المقدمات الممهدات» (٣/ ٦٦): «واتفق أهل العلم، على إيجاب الشفعة في الأصول، اتفاقًا مجملًا».

● وقال القاضي عياض في «إكمال المفهم بفوائد مسلم» (٥/ ٣١٢): «وقد أجمع العلماء، في وجوب الشفعة للشريك، في الربع المبيع، فيما لم يقسم».

● وقال أبو العباس القرطبي في «المفهم» (٤/ ٥٢٤): «الشفعة إنما تستحق في العقار المشترك الذي يقبل القسمة، وهذا هو المحل المتفق على وجوب الشفعة فيه، واختلف فيما عدا ذلك».

(٣) أخرجه الترمذي (١٣٧١)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ١٢٥)، والطبراني (١١٢٤٤)، والدارقطني (٤/ ٢٢٢)، والبيهقي (٦/ ١٠٩)؛ من طريق **محمد بن ميمون السكري**، عن عبد العزيز بن رفيع الأسدي، عن ابن أبي مُليكة، عن ابن عباس؛ مرفوعًا: «الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء».

والأصحُّ فيه الوقف.

فقد رواه الأكثرون الثقات من أصحاب عبد العزيز بن رفيع، عنه، عن ابن أبي مليكة، عن النبي ﷺ؛ مرسلًا ـ ولم يذكروا ابن عباس؛ منهم:

١ ـ أبو بكر بن عياش.

أخرجه الترمذي (٣/ ٦٤٥).

٢ ـ إسرائيل بن يونس.

أخرجه البيهقي (٦/ ١٠٩).

وَلِأَنَّ مَعْنَى ضَرَرِ الشَّرِكَةِ وَالْجِوَارِ: مَوْجُودٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ، وَإِنْ كَانَ فِي الْعَقَارِ أَظْهَرَ. وَلَمَّا لَحِظَ ذَلِكَ مَالِكٌ[١] أَجْرَى مَا يَتْبَعُ الْعَقَارَ مَجْرَى الْعَقَارِ.

وَاسْتَدَلَّ أَبُو حَنِيفَةَ عَلَى مَنْعِ الشُّفْعَةِ فِي الْبِئْرِ بِمَا رُوِيَ: «لَا شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ»[٢]. وَمَالِكٌ حَمَلَ هَذَا الْأَثَرَ عَلَى آبَارِ الصَّحَارِي الَّتِي تَعْمَلُ فِي الْأَرْضِ

= ٣ ـ أبو الأحوص سلّام بن سليم.
أخرجه الترمذي (٣/ ٦٤٦).
٤ ـ شعبة.
أخرجه ابن حزم (١٠/ ٦).
٥ ـ عمرو بن أبي قيس.
قاله الدارقطني.
قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السُّكَّري، وقد روى غير واحد، عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة، عن النبي ﷺ مرسلًا، وهذا أصحُّ».
ولما أخرجه من طريق أبي بكر بن عياش قال: وهذا أصح من حديث أبي حمزة، وأبو حمزة ثقة يمكن أن يكون الخطأ من غير أبي حمزة».
وقال الدارقطني: «خالف شعبة وإسرائيل وعمرو بن أبي قيس وأبو بكر بن عياش أبا حمزة السكري، فرووه عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة مرسلًا، **وهو الصواب**، ووهم أبو حمزة في إسناده».
وقال البيهقي: «هذا هو الصواب مرسل».
وقال في «السُّنن الصغرى» (٢/ ٣١٦): «لا يثبت موصولًا، وإنما رواه شعبة وغيره عن عبد العزيز مرسلًا دون ذكر ابن عباس».
وقال صالح بن محمد جزرة: «هذا خطأ، إنما أخطأ فيه أبو حمزة». تاريخ بغداد» (١١/ ١٩٠).
وقال البغوي في «شرح السُّنَّة» (٨/ ٢٤٥): «وهذا الحديث غير ثابت مسندًا؛ إنما هو عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلًا». وانظر: «أنيس الساري» (٥/ ٣٣٩٤).

(١) «جامع الأمهات» (ص٤١٦)، «الذخيرة» (٧/ ٢٨٠).

(٢) أخرجه الإمام أحمد، وأبو عبيد في «غريب الحديث» (٣/ ٤١٧) ـ ومن طريقه: البيهقي في «الكبرى»: (٦/ ١٠٥)، وفي «المعرفة» (٨/ ٣١٩) ـ وابن أبي شيبة: (٧/ ٥٧٩، ٥٨٠) (٧/ ١٧٢) ومن طريقه ابن حزم في «المحلى» (٩/ ٨٣، ط: المنيرية)، =

الْمَوَاتِ، (لَا الَّتِي تَكُونُ فِي أَرْضٍ مُتَمَلَّكَةٍ)[١].

الرُّكْنُ الثاني:

ذَهَبَ مَالِكٌ[٢]، وَالشَّافِعِيُّ[٣]، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ[٤] إِلَى أَنْ لَا شُفْعَةَ إِلَّا لِلشَّرِيكِ مَا لَمْ يُقَاسِمْ.

وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ: الشُّفْعَةُ مُرَتَّبَةٌ، فَأَوْلَى النَّاسِ بِالشُّفْعَةِ الشَّرِيكُ الَّذِي لَمْ يُقَاسِمْ، ثُمَّ الشَّرِيكُ الْمُقَاسِمُ إِذَا بَقِيَتْ فِي الطُّرُقِ[٥] أَوْ فِي الصَّحْنِ شَرِكَةٌ، ثُمَّ الْجَارُ الْمُلَاصِقُ. وَقَالَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ: لَا شُفْعَةَ لِلْجَارِ وَلَا لِلشَّرِيكِ الْمُقَاسِمِ. [أ/٣٢٩ظ]

وَعُمْدَةُ أَهْلِ [ب/٣٧٩ظ] الْمَدِينَةِ: مُرْسَلُ مَالِكٍ[٦]، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَٰنِ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِيمَا[٧] لَمْ يُقَسَّمْ[٨] بَيْنَ الشُّرَكَاءِ؛ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ بَيْنَهُمْ فَلَا شُفْعَةَ».

وَحَدِيثُ جَابِرٍ أَيْضًا: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ[٩]، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ».

خَرَّجَهُ مُسْلِمٌ[١٠]، وَالتِّرْمِذِيُّ[١١]، وَأَبُو دَاوُدَ[١٢].

وَكَانَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ يَقُولُ: حَدِيثُ مَعْمَرٍ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ أَبِي

= وابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤٧٩)؛ عن عثمان ﷺ، قال: لا شفعة في بئر، ولا فَحل نخل، والأُرَفُ يقطع كل شفعة».

(١) ما بين القوسين ليس في (م).
(٢) «الاستذكار» (٧/ ٦٧).
(٣) «الحاوي» (٧/ ٦٧).
(٤) «الاستذكار» (٧/ ٦٧ ـ ٦٨).
(٥) في (ب): «الطريق».
(٦) «الموطأ» (٢٠٧٩).
(٧) ليست في (م).
(٨) في (م): «ينقسم».
(٩) في (م): «ينقسم».
(١٠) (١٦٠٨). ورواه البخاري (٦٩٧٦)، عن جابر بن عبد الله، قال: إنما «جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق، فلا شفعة».
(١١) (١٤٢١)، والنسائي في «الكبرى» (٧٢٦٤)، (١١٧١٤).
(١٢) (٣٥١٨).

سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ[(١)] أَصَحُّ مَا رُوِيَ فِي الشُّفْعَةِ[(٢)].

وَكَانَ ابْنُ مَعِينٍ يَقُولُ[(٣)]: مُرْسَلُ مَالِكٍ أَحَبُّ إِلَيَّ.

إِذْ كَانَ مَالِكٌ إِنَّمَا رَوَاهُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ مَوْقُوفًا.

وَقَدْ جَعَلَ قَوْمٌ هَذَا الِاخْتِلَافَ عَلَى ابْنِ شِهَابٍ فِي إِسْنَادِهِ تَوْهِينًا لَهُ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ مَالِكٍ، فِي غَيْرِ الموطأ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ[(٤)].

وَوَجْهُ اسْتِدْلَالِهِمْ مِنْ هَذَا الْأَثَرِ: مَا ذُكِرَ فِيهِ مِنْ «**أَنَّهُ إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ**».

وَذَلِكَ: أَنَّهُ إن[(٥)] كَانَتِ الشُّفْعَةُ غَيْرَ وَاجِبَةٍ لِلشَّرِيكِ الْمُقَاسِمِ، فَهِيَ أَحْرَى أَنْ لَا تَكُونَ وَاجِبَةً لِلْجَارِ، وَأَيْضًا فَإِنَّ الشَّرِيكَ الْمُقَاسِمَ هُوَ جَارٌ إِذَا قَاسَمَ.

وَعُمْدَةُ أَهْلِ الْعِرَاقِ: حَدِيثُ أبي رَافِعٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «**الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ**».

وَهُوَ حَدِيثٌ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ[(٦)].

وَخَرَّجَ التِّرْمِذِيُّ، وَأَبُو دَاوُدَ[(٧)] عَنْهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَنَّهُ قَالَ: «**جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ**».

وَصَحَّحَهُ التِّرْمِذِيُّ.

---

(١) زاد في (م): «عن خالد». (٢) «الاستذكار» (٧/ ٦٨).

(٣) «الاستذكار» (٧/ ٦٨).

(٤) إنما هو عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة، عن أبي هريرة - كما رواه عبد الملك بن عبد العزيز الماجشون، ويحيى بن عبد الرحمٰن، عن مالك.
ينظر الكلام عن اختلافهم في الحديث على مالك، في: «علل ابن أبي حاتم» (٤/ ٢٩٢ - ٢٩٣)، «علل الدارقطني» (٩/ ٣٧٧).

(٥) في (م): «إذا». (٦) البخاري (٢٢٥٨)، ومسلم (١٠٥٥).

(٧) أبو داود (٣٥١٧)، والترمذي (١٤٢٠)، عن الحسن، عن سمرة. وقال: حديث سمرة حديث حسن صحيح.

وَمِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى لَهُمْ أَيْضًا: أَنَّهُ لَمَّا كَانَتِ الشُّفْعَةُ إِنَّمَا الْمَقْصُودُ مِنْهَا دَفْعُ الضَّرَرِ الدَّاخِلِ مِن قبل الشَّرِكَةِ، وَكَانَ هَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودًا فِي الْجَارِ وَجَبَ أَنْ يَلْحَقَ بِهِ.

وَلِأَهْلِ الْمَدِينَةِ أَنْ (يَقُولُوا: وُجُودُ الضَّرَرِ فِي الشَّرِكَةِ)[1] أَعْظَمُ مِنْهُ فِي الْجِوَارِ[2].

وَبِالْجُمْلَةِ:

فَعُمْدَةُ الْمَالِكِيَّةِ: أَنَّ الْأُصُولَ تَقْتَضِي أَنْ لَا يَخْرُجَ مِلْكُ أَحَدٍ مِنْ يَدِهِ إِلَّا بِرِضَاهُ، وَأَنَّ مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا فَلَا يَخْرُجُ مِنْ يَدِهِ إِلَّا بِرِضَاهُ؛ حَتَّى يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى التَّخْصِيصِ، وَقَدْ تَعَارَضَتِ الْآثَارُ فِي هَذَا الْبَابِ، فَوَجَبَ أَنْ (يُرَجَّعَ إِلَى)[3] مَا شَهِدَتْ لَهُ الْأُصُولُ.

وَلِكِلَا الْقَوْلَيْنِ سَلَفٌ مُتَقَدِّمٌ لِأَهْلِ الْعِرَاقِ مِنَ التَّابِعِينَ، ولِأَهْلِ الْمَدِينَةِ مِنَ الصَّحَابَةِ[4].

وَأَمَّا الْمَشْفُوعُ عَلَيْهِ:

٢٢٨٩ فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ مَنِ انْتَقَلَ إِلَيْهِ الْمِلْكُ بِشِرَاءٍ [أ/ ٤٣٠و] مِنْ شَرِيكٍ غَيْرِ مُقَاسِمٍ، أَوْ مِنْ جَارٍ عِنْدَ مَنْ يَرَى الشُّفْعَةَ لِلْجَارِ[5].

٢٢٩٠ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَنِ انْتَقَلَ إِلَيْهِ الْمِلْكُ بِغَيْرِ شِرَاءٍ:

فَالْمَشْهُورُ عِنْدَ مَالِكٍ[6]: [ب/ ٣٧٩ظ] أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا تَجِبُ إِذَا كَانَ انْتِقَالُ الْمِلْكِ بِعِوَضٍ كَالْبَيْعِ، وَالصُّلْحِ، وَالْمَهْرِ، وَأَرْشِ الْجِنَايَاتِ، وَغَيْرِ ذَلِكَ.

---

(١) ما بين القوسين مكانها بياض في (م).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الجار».

(٣) في (م): «يترجح منها».

(٤) ينظر في هذا: «مصنف عبد الرزاق» (٨/ ٧٧ ـ ٨١)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٤/ ٥١٨ ـ ٥٢٠).

(٥) حكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٧).

(٦) «الشرح الكبير» (٣/ ١٤٥)، «الخرشي» (٥/ ١٥٨).

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[١].

وَعَنْهُ رِوَايَةٌ ثَانِيَةٌ[٢]: أَنَّهَا تَجِبُ؛ ففي كُلِّ مِلْكٍ انْتَقَلَ بِعِوَضٍ، أَوْ بِغَيْرِ عِوَضٍ، كَالْهِبَةِ لِغَيْرِ الثَّوَابِ، وَالصَّدَقَةِ، مَا عَدَا الْمِيرَاثَ ـ فَإِنَّهُ لَا شُفْعَةَ عِنْدَ الْجَمِيعِ فِيهِ بِاتِّفَاقٍ.

وَأَمَّا الْحَنَفِيَّةُ: فَالشُّفْعَةُ عِنْدَهُمْ فِي الْمَبِيعِ فَقَطْ.

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ: ظَاهِرُ الْأَحَادِيثِ، وَذَلِكَ: أَنَّ مَفْهُومَهَا يَقْتَضِي أَنَّهَا فِي الْمَبِيعَاتِ، بَلْ ذَلِكَ نَصٌّ فِيهَا (فلأن فِي بَعْضِهَا: «لَا يَبِعْ)[٣] حَتَّى يَسْتَأْذِنَ [م/ ٢١٥ظ] شَرِيكَهُ».

وَأَمَّا الْمَالِكِيَّةُ: فَرَأَتْ أَنَّ كُلَّ مَا انْتَقَلَ بِعِوَضٍ، فَهُوَ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ.

وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ: أَنَّهَا اعْتَبَرَتِ الضَّرَرَ فَقَطْ.

وَأَمَّا الْهِبَةُ لِلثَّوَابِ:

فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ[٤]، وَلَا الشَّافِعِيِّ[٥].

أَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ: فَلِأَنَّ الشُّفْعَةَ عِنْدَهُ فِي الْمَبِيعِ (فَقَطْ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ: فَلِأَنَّ هِبَةَ الثَّوَابِ)[٦] عِنْدَهُ بَاطِلٌ.

وَأَمَّا مَالِكٌ[٧]: فَلَا خِلَافَ عِنْدَهُ وَعِنْدَ أَصْحَابِهِ فِي أَنَّ الشُّفْعَةَ فِيهَا[٨] وَاجِبَةٌ.

٢٢٩١ **وَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى أَنَّ الْمَبِيعَ الَّذِي بِالْخِيَارِ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْخِيَارُ فِيهِ لِلْبَائِعِ أَنَّ الشُّفْعَةَ لَا تَجِبُ حَتَّى يَجِبَ الْبَيْعُ[٩].

---

(١) «مغني المحتاج» (٢/ ٧١).
(٢) «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢/ ٢٦٧).
(٣) في (م): «لأن في بعضها فلا يبيع».
(٤) «فتح القدير» (٦/ ٢٩٧).
(٥) «الأم» (٨/ ٦٧).
(٦) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).
(٧) «القوانين الفقهية» (ص٢٤٥)، «الذخيرة»، للقرافي (٦/)، «شرح الخرشي» (٦/).
(٨) في (م): «عنده».
(٩) حكى الإجماعَ: ابن هبيرة في «الإفصاح» (١/ ٣٧٤)، والنوويُّ في «المجموع» (٩/ ٢٥٦ ـ ٢٥٧).

٢٢٩٢ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ[١]، وَالْكُوفِيُّونَ: الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ؛ (لِأَنَّ الْبَائِعَ قَدْ صَرَمَ الشِّقْصَ عَنْ مِلْكِهِ، وَأَبَانَهُ مِنْهُ.

وَقِيلَ: إِنَّ الشُّفْعَةَ غَيْرُ وَاجِبَةٍ عَلَيْهِ)[٢]؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ[٣].

وَبِهِ قَالَ جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ[٤].

٢٢٩٣ وَاخْتُلِفَ فِي الشُّفْعَةِ فِي الْمُنَاقَلَةِ. - وَهِيَ تَبْدِيلُ أَرْضٍ بِأَرْضٍ:

فَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ **ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ**:

الْجَوَازُ.

وَالْمَنْعُ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ تَكُونَ الْمُنَاقَلَةُ بَيْنَ الْأَشْرَاكِ أو الْأَجَانِبِ، فَلَمْ يَرَهَا فِي الْأَشْرَاكِ، وَرَآهَا فِي الْأَجَانِبِ[٥].

الرُّكْنُ الرَّابِعُ: فِي الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ.

وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الرُّكْنِ بِمَا يَأْخُذُ الشَّفِيعُ، وَكَمْ يَأْخُذُ، وَمَتَى يَأْخُذُ؟

فَأَمَّا بِمَا يَأْخُذُ:

٢٢٩٤ فَإِنَّهُمْ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ يَأْخُذُ فِي الْبَيْعِ بِالثَّمَنِ إِن كَانَ حَالًّا[٦].

٢٢٩٥ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا كَانَ الْبَيْعُ إِلَى أَجَلٍ: هَلْ يَأْخُذُ[٧] الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ إِلَى ذَلِكَ الْأَجَلِ، أَوْ يَأْخُذُ الْمَبِيعَ بِالثَّمَنِ حَالًّا، أو هُوَ مُخَيَّرٌ؟

---

(١) «المجموع» (٩/ ٢٥٦ - ٢٥٧). (٢) ما بين القوسين ليس في (م).

(٣) في المطبوع: «غير ضامن».

(٤) «القوانين الفقهية» (ص٢٠٤)، «مواهب الجليل» (٤/ ٤١٩)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٥/ ١١٦).

(٥) ينظر: «البيان والتحصيل» (١٢/ ٥٦)، «شرح مختصر خليل»، للخرشي (٦/ ١٦٤).

(٦) حكى الإجماعَ: ابن هبيرة في «الإفصاح» (١/ ٣٧٦).

(٧) في (ب): «يأخذه».

فَقَالَ مَالِكٌ[1]: يَأْخُذُها بِذَلِكَ الْأَجَلِ إِذَا كَانَ مَلِيًّا، أَوْ يَأْتِي بِضَامِنٍ مَلِيءٍ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[2]: الشَّفِيعُ مُخَيَّرٌ، فَإِنْ عَجَّلَ تَعَجَّلَتِ الشُّفْعَةُ، [أ/ ٤٣٠ظ] وَإِلَّا تَتَأَخَّرُ إِلَى وَقْتِ الْأَجَلِ، وَهُوَ نَحْوُ قَوْلِ الْكُوفِيِّينَ.

وَقَالَ الثَّوْرِيُّ[3]: لَا يَأْخُذُهَا إِلَّا بِالنَّقْدِ؛ لِأَنَّهَا قَدْ دَخَلَتْ فِي ضَمَانِ الْأَوَّلِ. [ب/ ٣٨٠و] قَالَ: وَمِنَّا مَنْ يَقُولُ تَبْقَى فِي يَدِ الَّذِي بَاعَهَا، فَإِذا بَلَغَ الْأَجَلَ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ.

وَالَّذِينَ رَأَوُا الشُّفْعَةَ فِي سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ مِمَّا لَيْسَ بِبَيْعٍ، فَالْمَعْلُومُ عَنْهُمْ أَنَّهُ يَأْخُذُ الشُّفْعَةَ بِقِيمَةِ الشِّقْصِ إِنْ[4] كَانَ الْعِوَضُ مِمَّا لَيْسَ يَتَقَدَّرُ[5]، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ مُعْطًى فِي خُلْعٍ.

وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ مُعْطًى فِي شَيْءٍ يَتَقَدَّرُ[6] وَلَمْ يَكُنْ دَنَانِيرَ وَلَا دَرَاهِمَ، وَلَا بِالْجُمْلَةِ مَكِيلًا وَلَا مَوْزُونًا، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ بِقِيمَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ الَّذِي دَفَعَ الشِّقْصَ فِيهِ؛ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الشَّيْءُ مَحْدُودَ الْقَدْرِ بِالشَّرْعِ أَخَذَ ذَلِكَ الْقَدْرِ[7]، مِثْلُ أَنْ يَدْفَعَ الشِّقْصَ فِي مُوضِحَةٍ[8] وَجَبَتْ عَلَيْهِ، أَوْ مُنَقِّلَةٍ[9]، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ بِدِيَةِ الْمُوضِحَةِ أَوِ الْمُنَقِّلَةِ.

وَأَمَّا كَمْ يَأْخُذُ؟

فَإِنَّ الشَّفِيعَ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ وَاحِدًا أَوْ أَكْثَرَ، وَالْمَشْفُوعُ عَلَيْهِ أَيْضًا ـ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ وَاحِدًا أَوْ أَكْثَرَ.

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٧٨)، «القوانين الفقهية» (ص٢٠٤).

(٢) «الحاوي» (٧/ ٣٧٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٧٠).

(٣) «الاستذكار» (٧/ ٧٨).

(٤) في (م): «وإن».

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «متعذرًا».

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يتعذر».

(٧) في (م): «الشق».

(٨) الشجة التي توضح العظام. ينظر: «تهذيب اللغة» (٥/ ١٠٢).

(٩) الشجة التي تنقل العظام. ينظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦٢٣).

فَأَمَّا إِنْ كَانَ الشَّفِيع وَاحِدًا وَالْمَشْفُوع عَلَيْهِ وَاحِدًا:

٢٢٩٦ **فَلَا خِلَافَ** فِي أَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ الْكُلَّ أَوْ يَدَعَ(١).

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمَشْفُوعُ عَلَيْهِ وَاحِدًا وَالشُّفَعَاءُ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدٍ:

٢٢٩٧ فَإِنَّهُمُ **اخْتَلَفُوا** مِنْ ذَلِكَ فِي مَوْضِعَيْنِ:

أَحَدُهُمَا:

فِي كَيْفِيَّةِ قِسْمَةِ الْمَشْفُوعِ فِيهِ بَيْنَهُمْ(٢).

وَالثَّانِي:

إِذَا اخْتَلَفَتْ أَسْبَابُ شَرِكَتِهِمْ(٣)؛ هَلْ يَحْجُبُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا عَنِ الشُّفْعَةِ أَمْ لَا؟ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ بَعْضُهُمْ شُرَكَاءَ فِي الْمَالِ الَّذِي وَرِثُوهُ؛ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ سَهْمٍ وَاحِدٍ، وَبَعْضُهُمْ لِأَنَّهُمْ عُصْبَةٌ.

[٢٢٩٧/أ] فَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الأُولَى - وَهِيَ كَيْفِيَّةُ تَوْزِيعِ الْمَشْفُوعِ فِيهِ:

فَإِنَّ مَالِكًا(٤) وَالشَّافِعِيَّ(٥)، وَجُمْهُورَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ يَقُولُونَ: إِنَّ الْمَشْفُوعَ فِيهِ يُقَسِّمُونَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ:

فَمَنْ كَانَ نَصِيبُهُ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ الثُّلُثَ مَثَلًا أُخِذَ مِنَ الشِّقْصِ بِثُلُثِ الثَّمَنِ، وَمَنْ كَانَ نَصِيبُهُ الرُّبْعَ أَخِذَ الرُّبْعُ.

وَقَالَ الْكُوفِيُّونَ: هِيَ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ عَلَى السَّوَاءِ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الشَّرِيكُ ذُو الْحَظِّ الْأَكْبَرِ، وَذُو الْحَظِّ الْأَصْغَرِ.

---

(١) حكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٣٦)، «الإشراف» (٦/ ١٦٦)، وفيه أيضًا: «هذا قول مالك، وأصحاب الرأي، وهو يشبه مذهب الشافعي»، وابن القطان في «الإقناع» (٣/ ١٧٠٧ - ١٧٠٨)، وابنُ قُدامةَ في «المغني» (٧/ ٥٠٠).

(٢) ليست في (م).

(٣) في (م): «تركتهم».

(٤) «القوانين الفقهية» (ص٢٠٥)، «الخرشي» (٦/ ١٦٤)، «منح الجليل» (٦/ ١٣١)، «الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (٣/ ١٩٩)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٧٩).

(٥) «روضة الطالبين» (٥/ ٦٩).

وَعُمْدَةُ الْمَدَنِيِّينَ[1][2]: أَنَّ الشُّفْعَةَ حَقٌّ يُسْتَفَادُ وُجُوبُهُ بِالْمِلْكِ الْمُتَقَدِّمِ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَوَزَّعَ عَلَى مِقْدَارِ الْأَصْلِ، أَصْلُهُ: الْأَكْرِيَةُ فِي الْمُسْتَأْجَرَاتِ [أ/ ٤٣١و] الْمُشْتَرَكَةِ وَالرِّبْحُ فِي شَرِكَةِ الْأَمْوَالِ.

وَأَيْضًا، فَإِنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا هِيَ لِإِزَالَةِ الضَّرَرِ، وَالضَّرَرُ دَاخِلٌ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ (عَلَى غَيْرِ اسْتِوَاءٍ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَدْخُلُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ)[3] بِحَسَبِ حِصَّتِهِ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ اسْتِحْقَاقُهُمْ لِدَفْعِهِ [م/ ٢١٦و] عَلَى تِلْكَ النِّسْبَةِ.

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ:

أَنَّ وُجُوبَ الشُّفْعَةِ إِنَّمَا تَلْزَمُ بِنَفْسِ الْمِلْكِ، فَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ أَهْلُ الْحُظُوظِ الْمُخْتَلِفَةِ[4] لِاسْتِوَائِهِمْ فِي نَفْسِ الْمِلْكِ، وَرُبَّمَا شَبَّهُوا ذَلِكَ بِالشُّرَكَاءِ فِي (الْعَبْدِ يُعْتِقُ بَعْضُهُمْ نَصِيبَهُ: أَن)[5] يقُوم عَلَى الْمُعْتَقِينَ عَلَى السَّوِيَّةِ [ب/ ٣٨٠ظ] - أَعْنِي: حَظَّ مَنْ لَمْ يُعْتِقْ.

[٢٢٩٧/ب] وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:

فَإِنَّ الْفُقَهَاءَ **اخْتَلَفُوا** فِي دُخُولِ الْأَشْرَاكِ الَّذِينَ هُمْ عُصْبَةٌ فِي الشُّفْعَةِ مَعَ الْأَشْرَاكِ الَّذِينَ شَرِكَتُهُمْ مِنْ قِبَلِ السَّهْمِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[6]: أَهْلُ السَّهْمِ الْوَاحِدِ أَحَقُّ بِالشُّفْعَةِ إِذَا بَاعَ أَحَدُهُمْ مِنَ الْأَشْرَاكِ مَعَهُمْ فِي الْمَالِ مِنْ قِبَلِ التَّعْصِيبِ، وَأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ الْعُصْبَةِ[7] فِي الشُّفْعَةِ عَلَى أَهْلِ السِّهَامِ الْمُقَدَّرَةِ، وَيَدْخُلُ ذُو السِّهَامِ عَلَى ذَوِي التَّعْصِيبِ، مِثْلُ

---

(١) مكانها بياض في (م).
(٢) «الاستذكار» (٧/ ٧٩).
(٣) ما بين القوسين ليس في (م).
(٤) في (م): «المستوية فتختلف».
(٥) مكانها بياض في (م).
(٦) «القوانين الفقهية» (ص٢٠٦)، «المدونة (٥/ ٤٠٢)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣١٨)، «منح الجليل» (٧/ ٢٠٣)، «شرح ميارة» (٢/ ٤٢)، «المعونة» (٢/ ١٢٦٨)، «المقدمات الممهدات» (٣/ ٧٥).
(٧) في (م): «العصبات».

أَنْ يَمُوتَ مَيِّتٌ فَيَتْرُكَ عَقَارًا يَرِثُهُ عَنْهُ: بِنْتَانِ، وَابْنَا عَمٍّ، ثُمَّ تَبِيعُ الْبِنْتُ الْوَاحِدَةُ حَظَّهَا، فَإِنَّ الْبِنْتَ الثَّانِيَةَ عِنْدَ مَالِكٍ هِيَ الَّتِي تَشْفَعُ فِي ذَلِكَ الْحَظِّ الَّذِي بَاعَتْهُ أُخْتُهَا فَقَطْ، دُونَ ابْنَي الْعَمِّ.

وَإِنْ بَاعَ أَحَدُ ابْنَي الْعَمِّ نَصِيبَهُ: يَشْفَعُ فِيهِ الْبَنَاتُ، وَابْنُ الْعَمِّ الثَّانِي.

وَبِهَذَا الْقَوْلِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[١].

وَقَالَ أَهْلُ الْكُوفَةِ[٢]: لَا يَدْخُلُ ذَو السِّهَامِ عَلَى الْعَصَبَاتِ، وَلَا الْعَصَبَاتُ عَلَى ذَوِي السِّهَامِ، (وَيُشَافِعُ أَهْلُ السِّهَامِ الْوَاحِدِ فِيمَا بَيْنَهُمْ خَاصَّةً.

وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ[٣].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٤] - فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: يَدْخُلُ ذَوُو السِّهَامِ عَلَى الْعَصَبَاتِ وَالْعَصَبَاتُ عَلَى ذَوِي السِّهَامِ)[٥].

وَهُوَ الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُزَنِيُّ[٦].

وَبِهِ قَالَ الْمُغِيرَةُ[٧]، مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ[٨].

وَعُمْدَةُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ:

عُمُومُ قَضَائِهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ، وَلَمْ يَفْصِلْ (ذَوِي السِّهَامِ)[٩] مِنْ عُصْبَةٍ.

وَمَنْ خَصَّصَ ذَوِي السِّهَامِ مِنَ الْعُصْبَةِ[١٠]:

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٧٩).
(٢) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٧، ٢٨).
(٣) «الاستذكار» (٧/ ٧٩).
(٤) «روضة الطالبين» (٥/ ٩٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٩٧)، «حاشية الجمل» (٣/ ٥٠٠).
(٥) ما بين القوسين من (م).
(٦) في «المختصر» (ص١٤٣).
(٧) هو الفقيه المغيرة بن عبد الرحمٰن المخزومي، وهو أحد مَن دارت عليه الفتوى بالمدينة بعد مالك، توفي: سنة ١٨٨هـ.
(٨) «الاستذكار» (٧/ ٧٩).
(٩) في (م): «ذا سهم».
(١٠) في (م): «العصبات».

فَلِأَنَّهُ رَأَى الشَّرِكَةَ مُخْتَلِفَةُ الْأَسْبَابِ ـ أَعْنِي: بَيْنَ ذَوِي السِّهَامِ وَبَيْنَ الْعُصْبَةِ[1] ـ فَشَبَّهَ الشَّرِكَاتِ الْمُخْتَلِفَةِ فِي صُوَرِهَا[2] بِالشَّرِكَاتِ الْمُخْتَلِفَةِ مِنْ قِبَلِ مَحَالِّهَا[3].

وَمَنْ أَدْخَلَ ذَوِي السِّهَامِ عَلَى الْعَصَبَةِ، وَلَمْ يُدْخِلِ الْعَصَبَةَ عَلَى ذَوِي السِّهَامِ، فَهُوَ اسْتِحْسَانٌ عَلَى غَيْرِ قِيَاسٍ.

وَوَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ:

أَنَّهُ رَأَى أَنَّ ذَوِي السِّهَامِ أَقْعَدُ مِنَ الْعَصَبَةِ[4].

[٢٢٩٨/ج] وَأَمَّا إِذَا كَانَ [أ/ ٤٣١ظ] الْمَشْفُوعُ عَلَيْهِمَا اثْنَيْنِ فَأَكْثَرَ، فَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَشْفَعَ عَلَى أَحَدِهِمَا دُونَ الثَّانِي:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[5]: إِمَّا أَنْ يَأْخُذَ الْكُلَّ أَوْ يَدَعَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ[6]، وَالشَّافِعِيُّ[7]: لَهُ أَنْ يَشْفَعَ عَلَى أَيِّهِمَا أَحَبَّ.

وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ[8].

فَأَمَّا إِذَا بَاعَ رَجُلَانِ شِقْصًا مِنْ رَجُلٍ، فَأَرَادَ الشَّفِيعُ أَنْ يَشْفَعَ عَلَى أَحَدِهِمَا دُونَ الثَّانِي:

فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ[9] مَنَعَ ذَلِكَ.

وَجَوَّزَهُ الشَّافِعِيُّ[10].

---

(١) في (م): «العصبات». (٢) في (م): «صورتها».
(٣) زاد بعدها في المطبوع: «الَّذِي هُوَ الْمَالُ بِالْقِسْمَةِ بِالْأَمْوَالِ».
(٤) في (م): «العصبات». (٥) «المدونة» (٥/ ٤٠٢).
(٦) «البحر الرائق» (٨/ ١٦٣)، «الهداية شرح البداية» (٤/ ٣٤).
(٧) «الحاوي الكبير» (٧/ ٢٨١)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٠٢).
(٨) «الاستذكار» (٧/ ٧٩).
(٩) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٦)، «المبسوط» (١٤/ ١٣٤).
(١٠) «فتح العزيز بشرح الوجيز» (١١/ ٤٥٣)، «تحفة المحتاج» (٦/ ٥٤).

[٢٢٩٧/د] وَأَمَّا إِذَا كَانَ الشَّافِعُونَ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدٍ ـ أَعْنِي: الِاشْتِرَاكَ؛ فَأَرَادَ بَعْضُهُمْ أَنْ يَشْفَعَ وَسَلَّمَ لَهُ (الْبَائِعُ فِي الْبَيْعِ)[١]:

فَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَقُولَ لِلشَّرِيكِ: إِمَّا أَنْ تَشْفَعَ فِي الْجَمِيعِ، أَوْ تَتْرُكَ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْفَعَ بِحَسَبِ حَظِّهِ، إِلَّا أَنْ يُوَافِقَهُ الْمُشْتَرِي عَلَى ذَلِكَ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُبَعِّضَ الشُّفْعَةَ [ب/ ٣٨١و] عَلَى الْمُشْتَرِي إِنْ لَمْ يَرْضَ بِتَبْعِيضِهَا.

وَقَالَ أَصْبَغُ، مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ[٢]: إِنْ كَانَ تَرَكَ بَعْضُهُمُ الْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ رِفْقًا بِالْمُشْتَرِي، لَمْ يَكُنْ لِلشَّفِيعِ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ حِصَّتَهُ[٣] فَقَطْ.

[٢٢٩٧/هـ] وَلَا خِلَافَ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ[٤] أَنَّهُ إِذَا كَانَ بَعْضُ الشُّفَعَاءِ غَائِبًا وَبَعْضُهُمْ حَاضِرًا، فَأَرَادَ الْحَاضِرُ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّتَهُ فَقَطْ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ الْكُلَّ أَوْ يَدَعَ، فَإِذَا قَدِمَ الْغَائِبُ: فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ.

٢٢٩٨ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ أَنْ تَكُونَ الشَّرِكَةُ مُتَقَدِّمَةً عَلَى الْبَيْعِ[٥].

٢٢٩٩ وَاخْتَلَفُوا هَلْ مِنْ شَرْطِهَا أَنْ تَكُونَ مَوْجُودَةً فِي حَالِ الْبَيْعِ، وَأَنْ تَكُونَ ثَابِتَةً أيضًا[٦] قَبْلَ الْبَيْعِ؟

(أ) فَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الأُولَى ـ وَهِيَ إِذَا لَمْ يَكُنْ شَرِيكًا فِي حَالِ الْبَيْعِ ـ وَذَلِكَ يُتَصَوَّرُ بِأَنْ يَكُونَ يَتَرَاخَى عَنِ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ [م/ ٢١٦ظ] لِسَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ الَّتِي لَا يُقْطَعُ لَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ حَتَّى يَبِيعَ الْحَظَّ الَّذِي كَانَ بِهِ شَرِيكًا.

---

(١) في (م): «الباقي البيع».
(٢) «الاستذكار» (٧/ ٧٩).
(٣) في (م): «حظه».
(٤) «الاستذكار» (٧/ ٧٩).
(٥) حكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٤٥)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ٧٢)، وابن هُبَيرة في «الإفصاح» (٢/ ٢٩)، وابن القطان في «الإقناع» (٣/ ١٧١٢).
(٦) ليست في (م).

فَرَوَى أَشْهَبُ[١] أَنَّ قَوْلَ مَالِكٍ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ:

فَمَرَّةً قَالَ: لَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ.

وَمَرَّةً قَالَ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ[٢].

وَاخْتَارَ أَشْهَبُ[٣]: أَنَّهُ لَا شُفْعَةَ لَهُ.

وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ، وَالْكُوفِيِّينَ[٤]؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِالشُّفْعَةِ إِنَّمَا هو إِزَالَةُ الضَّرَرِ مِنْ جِهَةِ الشَّرِكَةِ، وَهَذَا لَيْسَ بِشَرِيكٍ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[٥]: لَهُ الشُّفْعَةُ إِذَا كَانَ قِيَامُهُ فِي (أَمرِهِ.

لِأَنَّهُ[٦][٧] يَرَى أَنَّ الْحَقَّ الَّذِي وَجَبَ لَهُ لَمْ يَرْتَفِعْ بِبَيْعِهِ [أ/ ٤٣٢و] حَظَّهُ.

(ب) وأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:

فَصُورَتُهَا: أَنْ يَسْتَحِقَّ إِنْسَانٌ شِقْصًا فِي أَرْضٍ[٨] قَدْ بِيعَ مِنْهَا قَبْلَ وَقْتِ الِاسْتِحْقَاقِ شِقْصٌ مَا؛ هَلْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ أَمْ لَا؟

فَقَالَ قَوْمٌ: لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَتْ[٩] لَهُ الشُّفْعَةُ بِتَقَدُّمِ[١٠] شَرِكَتِهِ قَبْلَ الْبَيْعِ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ كَانَتْ يَدُهُ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ تَكُنْ[١١].

وَقَالَ قَوْمٌ: لَا تَجِبُ لَهُ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا ثَبَتَ لَهُ مَالُ الشَّرِكَةِ يَوْمَ الِاسْتِحْقَاقِ، قَالُوا: أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَأْخُذُ الْغَلَّةَ مِنَ الْمُشْتَرِي[١٢].

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٧٢).
(٢) «الاستذكار» (٧/ ٧٢).
(٣) «الاستذكار» (٧/ ٧٢).
(٤) «مغني المحتاج» (٢/ ٣٠٢)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٢٠٦). وينظر: «الاستذكار» (٧/ ٩٠).
(٥) «الاستذكار» (٧/ ٧٢).
(٦) ليست في (ب).
(٧) في (أ): «أمرٍ يرى».
(٨) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «أربع».
(٩) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «وجب».
(١٠) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بتقديم».
(١١) «الاستذكار» (٧/ ٧٢).
(١٢) «الاستذكار» (٧/ ٧٢).

وَأَمَّا مَالِكٌ(١) فَقَالَ: إِنْ طَالَ الزَّمَانُ فَلَا شُفْعَةَ، وَإِنْ لَمْ يَطُلْ فَفِيهِ الشُّفْعَةُ، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ.

[٢٢٩٩/أ] وَأَمَّا (مَن تجب له)(٢) الشُّفْعَةُ؟

فَإِنَّ الَّذِي تجب لَهُ الشُّفْعَةُ رَجُلَانِ حَاضِرٌ أَوْ غَائِبٌ:

فَأَمَّا الْغَائِبُ: فَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى(٣) أَنَّ الْغَائِبَ عَلَى شُفْعَتِهِ، مَا لَمْ يَعْلَمْ بِبَيْعِ شَرِيكِهِ(٤).

[٢٢٩٩/ب] (وَاخْتَلَفُوا إِذَا عَلِمَ وَهُوَ غَائِبٌ:

فَقَالَ)(٥) قَوْمٌ: تَسْقُطُ شُفْعَتُهُ(٦).

وَقَالَ قَوْمٌ: لَا تَسْقُطُ.

---

(١) «حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٧٤)، «منح الجليل» (٧/ ١٩٠)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣١١).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «متى تجب».

(٣) من (م).

(٤) حكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٤٥)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ٧٣)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٢٩)، وابن القطان في «الإقناع» (٣/ ١٧١١).
وذهب إبراهيم النخعي: إلى أن الغائب ليس له شفعة.
أخرجه عنه: ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥/ ١٥٢)، ونقله عنه ابن المنذر في «الإشراف» (٦/ ١٥٧)، والطحاوي في «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢٥١)، وابن حزم فِي «المحلى» (٨/ ٢٢).
وذكر الطحاوي فِي «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢٥١) أنَّ له قولًا يوافق قول الجمهور.
وفرَّق الحارث العكلي وعثمان البتي بين من غيبته قريبة أو بعيدة، فمن كانت غيبته قريبة: فله شفعة، ومن كانت غيبته بعيدة: فلا شفعة له.
ينظر: «الإشراف» (٦/ ١٥٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٢٥١)، «المحلى» (٨/ ٢٢)، «المغني» (٧/ ٤٦١).

(٥) ما بين القوسين مكانها بياض في (م).

(٦) في (م): «منفعته».

وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ[١].

وَالْحُجَّةُ لَهُ: مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ أَنَّهُ قَالَ: «**الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ**»[٢][٣].

أَوْ قَالَ: «**بِشُفْعَتِهِ، يُنْتَظَرُ بِهَا إِذَا كَانَ غَائِبًا**»[٤].

وَأَيْضًا، فَإِنَّ الْغَائِبَ فِي الْأَكْثَرِ مُعَوَّقٌ (عَنِ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ)[٥]، فَوَجَبَ عُذْرُهُ.

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الثَّانِي**:

أَنَّ سُكُوتَهُ مَعَ الْعِلْمِ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى رِضَاهُ بِإِسْقَاطِهَا.

وَأَمَّا الْحَاضِرُ:

٢٣٠٠ فَإِنَّ [ب/ ٣٨١ظ] الْفُقَهَاءَ **اخْتَلَفُوا** فِي وَقْتِ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ لَهُ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٦]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٧]: هِيَ وَاجِبَةٌ لَهُ عَلَى الْفَوْرِ بِشَرْطِ الْعِلْمِ وَإِمْكَانِ الطَّلَبِ، فَإِنْ عَلِمَ وَأَمْكَنَ الطَّلَبُ، وَلَمْ يَطْلُبْ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ـ إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ: إِنْ أَشْهَدَ بالْأَخْذ لَمْ تَبْطُلْ وَإِنْ تَرَاخَى.

وَأَمَّا مَالِكٌ[٨]: فَلَيْسَتْ عِنْدَهُ عَلَى الْفَوْرِ، بَلْ وَقْتُ وُجُوبِهَا مُتَّسِعٌ.

[٢٣٠٠/...] وَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي هَذَا الْوَقْتِ: هَلْ هُوَ مَحْدُودٌ أَمْ لَا؟

---

(١) «القوانين الفقهية» (ص٢٠٩). (٢) في (م): «بصفقته».

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أبو داود (٣٥١٨)، وابن ماجه (٢٤٩٤).

(٥) في (م): «بالأخذ على الشفعة».

(٦) «التنبيه» (ص١١٧)، «تحفة المحتاج» (٦/ ٧٩)، «مغني المحتاج» (٣/ ٣٩٣).

(٧) «المبسوط» (١٤/ ١١٦، ١١٧)، «بدائع الصنائع» (٥/ ١٧)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٢٤٢)، تحفة الفقهاء» (٣/ ٥١)، «الفتاوى الهندية» (٥/ ١٧٢).

(٨) «المدونة» (٥/ ٤٠٤)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٨٧، ٤٨٨)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣٢١)، «الشرح الصغير» (٣/ ٦٣٩)، «شرح الخرشي» (٦/ ١٧٢).

فَمَرَّةً قَالَ: هُوَ غَيْرُ مَحْدُودٍ، وَأَنَّهَا لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا، إِلَّا أَنْ يُحْدِثَ الْمُبْتَاعُ بِنَاءً(١)، أَوْ تَغْيِيرًا كَثِيرًا بِمَعْرِفَتِهِ، وَهُوَ حَاضِرٌ، عَالِمٌ، سَاكِتٌ.

وَمَرَّةً حَدَّدَ هَذَا الْوَقْتَ، فَرُوِيَ عَنْهُ:

السَّنَةَ، وَهُوَ الْأَشْهَرُ.

وَقِيلَ: أَكْثَرُ مِنْ سَنَةٍ.

وَقَدْ قِيلَ عَنْهُ: إِنَّ(٢) الْخَمْسَةَ الأَعْوَامِ لَا تَنْقَطِعُ فِيهَا الشُّفْعَةُ.

وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ: بِمَا رُوِيَ أَنَّهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ أنه قَالَ: «**الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ**»(٣).

وَقَدْ رَوَى عن(٤) الشَّافِعِيِّ(٥) [أ/٤٣٢ظ]: أَنَّ أَمَدَهَا(٦) ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ.

---

(١) في (م): «شيئًا». (٢) في (م): «إلى».

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٥٠٠)، والبيهقي في «السُّنن الكبرى» (١٠٨/٦)، وابن حبان في «المجروحين» (٢٦٦/٢)، وابن عدي في «الكامل» (١٨٠/٦)، وابن حزم في «المحلى» (٩١/٩)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٥٧/٦)، من طريق محمد بن الحارث، عن محمد بن عبد الرحمٰن بْنِ الْبَيْلَمَانِي، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ ابن عمر؛ مرفوعًا به.
قَالَ أَبُو زُرْعَةَ: «هَذَا حديثٌ مُنكَرٌ».
سئل الدارقطني في «العلل» (٢٥٧) عن هذا الحديث؟ فقال: «يرويه محمد بن عمارة بْن عَمرو بْنِ حزم، عن أبي بكر بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبَانِ بْنِ عثمان. قاله صفوان بن عيسى وابن إدريس عنه.
ورواه مالك، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُمَارَةَ، عَنْ أبي بكر بن حزم، عن عثمان.
ولم يذكر أبان، وكلهم وقفوه.
ورواه يزيد بن عياض، عن أبي بكر بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبَانِ بْنِ عُثْمَانَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.
والموقوف أصحُّ، ويزيد بن عياض ضعيف». اهـ.

(٤) من (م).

(٥) ينظر: «نهاية المطلب» (٣١٨/٧)، «تحفة المحتاج» (٧٨/٦).

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «حدها».

وَأَمَّا مَنْ لَمْ يُسْقِطِ الشُّفْعَةَ بِالسُّكُوتِ:

فَاعْتَمَدَ عَلَى أَنَّ السُّكُوتَ لَا يُبْطِلُ حَقَّ امْرِئٍ مَا لَمْ يَظْهَرْ مِنْ قَرَائِنِ أَحْوَالِهِ(١) مَا يَدُلُّ عَلَى إِسْقَاطِهِ.

وهَذَا كَانَ أَشْبَهَ بِأُصُولِ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ عِنْدَهُ أَنَّهُ لَيْسَ يَجِبُ أَنْ يُنْسَبَ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلُ قَائِلٍ، وَإِنِ اقْتَرَنَتْ(٢) بِهِ أَحْوَالٌ(٣) تَدُلُّ عَلَى رِضَاهُ، وَلَكِنَّهُ - فِيمَا أَحْسَبُ - اعْتَمَدَ الْأَثَرَ.

فَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ فِي أَرْكَانِ الشُّفْعَةِ، وَشُرُوطِهَا الْمُصَحِّحَةِ لَهَا، وَبَقِيَ الْقَوْلُ فِي الْأَحْكَامِ.

الْقَوْلُ فِي أَحْكَامِ الشُّفْعَةِ:

وَهَذِهِ الْأَحْكَامُ كَثِيرَةٌ، وَلَكِنْ نَذْكُرُ مِنْهَا مَا اشْتَهَرَ فِيهِ الْخِلَافُ بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ:

٢٣٠١ فَمِنْ ذَلِكَ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي مِيرَاثِ حَقِّ الشُّفْعَةِ:

فَذَهَبَ الْكُوفِيُّونَ: إِلَى أَنَّهُ لَا يُورَثُ، كَمَا أَنَّهُ لَا يُبَاعُ(٤).

وَذَهَبَ مَالِكٌ(٥)، وَالشَّافِعِيُّ(٦)، وَأَهْلُ الْحِجَازِ(٧) إِلَى أَنَّهَا مَوْرُوثَةٌ؛ قِيَاسًا عَلَى الْأَمْوَالِ.

وَقَدْ تَقَدَّمَ سَبَبُ الْخِلَافِ [م/ ٢١٧و] فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

---

(١) في (م): «الأحوال».
(٢) في (م): «اشتهرت».
(٣) في (م): «الأحوال التي».
(٤) «المبسوط»، للسرخسي (١٤/ ١٤٠).
(٥) «الاستذكار» (٧/ ٧٤)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٩)، «الكافي» (ص٤٣٣).
(٦) «الحاوي» (٧/ ٢٥٧)، «بحر المذهب» (٧/ ٢٧)، «نهاية المطلب» (٧/ ٤٢٢).
(٧) «الاستذكار» (٧/ ٧٨).

٢٣٠٢ **وَمِنْهَا:**

اخْتِلَافُهُمْ فِي عُهْدَةِ الشَّفِيعِ؛ هَلْ هِيَ عَلَى الْمُشْتَرِي، أَوْ عَلَى الْبَائِعِ؟

فَقَالَ مَالِكٌ[١]، وَالشَّافِعِيُّ[٢]: هِيَ عَلَى الْمُشْتَرِي.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى[٣]: هِيَ عَلَى الْبَائِعِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]: هِيَ عَلَى مَنْ تُوجَدُ فِي يَدِهِ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ: أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ لِلشَّرِيكِ، (بَعْدَ حُصُولِه بَيْعَ الْمُشْتَرِي وَصِحَّتِهِ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ الْعُهْدَةُ[٥].

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الثاني**: أَنَّ الشُّفْعَةَ إِنَّمَا وَجَبَتْ لِلشَّرِيكِ)[٦] بِنَفْسِ الْبَيْعِ، فَطُرُوُّهَا عَلَى الْبَيْعِ فَسْخٌ لَهُ وَعَقْدٌ لَهَا.

٢٣٠٣ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الْإِقَالَةَ لَا تُبْطِلُ الشُّفْعَةَ؛ مَنْ رَأَى أَنَّهَا بَيْعٌ[٧].

وَمَنْ رَأَى أَنَّهَا فَسْخٌ ـ أَعْنِي: الْإِقَالَةَ.

[٢٣٠٣/...] وَاخْتَلَفَ [ب/ ٣٨٢و] أَصْحَابُ مَالِكٍ، عَلَى مَنْ عُهْدَةُ الشَّفِيعِ فِي الْإِقَالَةِ؟

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[٨]: عَلَى الْمُشْتَرِي.

وَقَالَ أَشْهَبُ[٩]: هُوَ مُخَيَّرٌ.

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٧٨)، «القوانين الفقهية» (ص١٨٩)، «الكافي» (ص٤٣٢).

(٢) «اللباب في الفقه الشافعي» (ص٢٤٥)، «المهذب» (١/ ٣٤٥).

(٣) «الاستذكار» (٧/ ٧٨).

(٤) «البحر الرائق» (٦/ ٢٦٦)، «الفتاوى الهندية» (٣/ ٢٩٥).

(٥) «الاستذكار» (٧/ ٧٨).

(٦) ما بين القوسين من (أ).

(٧) حكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٤٥)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ٧٨)، وشيخ الإسلام ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣٠/ ٢٠٨).

(٨) «الاستذكار» (٧/ ٧٨).

(٩) «الاستذكار» (٧/ ٧٨).

٢٣٠٤ وَمِنْهَا:

اخْتِلَافُهُمْ إِذَا أَحْدَثَ الْمُشْتَرِي بِنَاءً، أَوْ غَرْسًا، ومَا يُشْبِهُه فِي الشِّقْصِ قَبْلَ قِيَامِ الشَّفِيعِ ثُمَّ قَامَ الشَّفِيعُ (يَطْلُبُ شُفْعَته)[١]:

فَقَالَ مَالِكٌ[٢]: لَا شُفْعَةَ له إِلَّا أَنْ يُعْطِيَ الْمُشْتَرِي قِيمَةَ مَا بَنَى وَمَا غَرَسَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٣]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٤]: هُوَ مُتَعَدٍّ، وَلِلشَّفِيعِ[٥] إما أَنْ يُعْطِيَهُ قِيمَةَ بِنَائِهِ مَقْلُوعًا، أَوْ يَأْخُذَهُ بِنَقْضِهِ.

وَالسَّبَبُ فِي الخلاف[٦]:

(تَرَدُّدُ تصَرُّفِ)[٧] الْمَشْفُوعِ عَلَيْهِ - الْعَالِمِ بِوُجُوبِ الشُّفْعَةِ عَلَيْهِ - بَيْنَ[٨] شُبْهَةِ تَصَرُّفِ الْغَاصِبِ وَتَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي الَّذِي يَطْرَأُ عَلَيْهِ الِاسْتِحْقَاقُ، وَقَدْ بَنَى فِي [أ/٤٣٣و] الْأَرْضِ وَغَرَسَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ وَسَطٌ بَيْنَهُمَا.

(أ) فَمَنْ غَلَّبَ عَلَيْهِ شِبْهَ[٩] الِاسْتِحْقَاقِ: لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْقِيمَةَ.

(ب) وَمَنْ غَلَّبَ عَلَيْهِ شِبْهَ[١٠] التَّعَدِّي، قَالَ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِنَقْضِهِ، أَوْ يُعْطِيَهُ قِيمَتَهُ مَنْقُوضًا.

٢٣٠٥ وَمِنْهَا:

اخْتِلَافُهُمْ إِذَا اخْتَلَفَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعُ فِي مَبْلَغِ الثَّمَنِ:

فَقَالَ الْمُشْتَرِي: اشْتَرَيْتُ الشِّقْصَ بِكَذَا، وَقَالَ الشَّفِيعُ: بَلِ اشْتَرَيْتَهُ بِأَقَلَّ، وَلَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ:

---

(١) في (م): «بشفعته».

(٢) «القوانين الفقهية» (ص٢١٢)، «الإشراف» (٢/ ٦٣٤).

(٣) «بحر المذهب» (٧/ ٢٩)، «المهذب» (١/ ٣٧٨)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٠١)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٢٠٤)، «روضة الطالبين» (٥/ ٨٥).

(٤) «البحر الرائق» (٨/ ١٤٩)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٤).

(٥) في (أ): «وللشافعي».

(٦) في (م): «اختلافهم».

(٧) في (م): «تصرف».

(٨) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بناء».

(٩) في (م): «شبهة».

(١٠) في (م): «شبهة».

فَقَالَ جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الشَّفِيعَ مُدَّعٍ، وَالْمَشْفُوعَ عَلَيْهِ مُدَّعًى عَلَيْهِ.

وَخَالَفَ فِي ذَلِكَ بَعْضُ التَّابِعِينَ، وَقَالُوا: الْقَوْلُ قَوْلُ الشَّفِيعِ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ قَدْ أَقَرَّ لَهُ بِوُجُوبِ الشُّفْعَةِ، وَادَّعَى عَلَيْهِ مِقْدَارًا مِنَ الثَّمَنِ لَمْ يَعْتَرِفْ لَهُ بِهِ[١].

[٢٣٠٥/أ] وَأَمَّا أَصْحَابُ مَالِكٍ:

فَاخْتَلَفُوا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[٢]: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي إِذَا أَتَى بِمَا يُشَبَّهُ بِالْيَمِينِ، فَإِنْ أَتَى بِمَا لَا يُشْبِهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّفِيعِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ[٣]: إِذَا أَتَى بِمَا يُشْبِهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي بِلَا يَمِينٍ، وَفِيمَا لَا يُشَبَّهُ بِالْيَمِينِ.

وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ[٤] أَنَّهُ قَالَ: إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي ذَا سُلْطَانٍ يُعْلَمُ بِالْعَادَةِ أَنَّهُ يَزِيدُ فِي الثَّمَنِ قُبِلَ قَوْلُ الْمُشْتَرِي بِغَيْرِ يَمِينٍ.

وَقِيلَ: إِذَا أَتَى الْمُشْتَرِي بِمَا لَا يُشْبِهُ رُدَّ الشَّفِيعُ إِلَى الْقِيمَةِ، وَكَذَلِكَ ـ فِيمَا أَحْسَبُ ـ إِذَا أَتَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا لَا يُشْبِهُ.

[٢٣٠٥/ب] **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا أَتَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَيِّنَةٍ، وَتَسَاوَتِ فِي الْعَدَالَةِ:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[٥]: يَسْقُطَانِ مَعًا، وَيُرْجَعُ إِلَى الْأَصْلِ مِنْ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ[٦]: الْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهَا زَادَتْ عِلْمًا[٧].

(كَمُلَ كِتَابُ الشُّفْعَةِ؛ بِحَمْدِ اللهِ، وَحُسْنِ عَوْنِهِ)[٨].

---

(١) ينظر: «التمهيد» (٢٤/ ٢٩٤ ـ ٢٩٥).
(٢) «الاستذكار» (٧/ ٧٩). (٣) «الاستذكار» (٧/ ٧٩).
(٤) «القوانين الفقهية» (ص٢١٢)، «الإشراف» (٢/ ٦٣٦).
(٥) «الاستذكار» (٧/ ٨١). (٦) «الاستذكار» (٧/ ٨١).
(٧) في (م): «عليها».
(٨) في (م): «تم كتاب الشفعة، والحمد لله».

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا[١]

كِتَابُ الْقِسْمَةِ

وأصل هَذَا الْكِتَابِ:

قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينُ﴾ [النساء: ٨]، وَقَوْلُهُ: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ۝٧﴾ [النساء: ٧].

وَقَوْلُ رَسُولِ اللهِ ﷺ: «**أَيُّمَا دَارٍ وَأَرْضٍ قُسِّمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ: فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَيُّمَا دَارٍ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامُ وَلَمْ تُقْسَمْ: فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْإِسْلَامِ**»[٢])[٣].

وَالنَّظَرُ [ب/ ٣٨٢ظ] **فِي الْقِسْمَةِ فِي أَبْوَابٍ:**

الْأَوَّلُ: في [م/ ٢١٧ظ] أَنْوَاعِ الْقِسْمَةِ.

---

(١) في (ب): «كثيرًا».

(٢) «موطأ مالك» (٢/ ٧٤٦)، عن ثور بن زيد، بلاغًا.

قال الدارقطني في «الأحاديث التي خولف فيها مالك بن أنس رضي الله عنه» (٧٧):

حدَّث به إبراهيم بن طهمان (في مشيخته: ٧٩)، عن مالك، عن ثور، عن عكرمة، عن ابن عباس.

وأرسله في الموطإ؛ لم يذكر فيه عكرمة ولا ابن عباس. اهـ.

قال الشافعي: ونحن نروي فيه حديثًا أثبت من هذا، بلغني بمثل معناه.

ينظر: «السُّنن الكبرى»، للبيهقي (٩/ ٢٠٥)، «التمهيد» (٢/ ٤٨).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «أيما دار قسمت في الإسلام إن انقسم فهي على قسم الإسلام».

الثَّانِي: فِي تَمْيِيزِ نَوْعٍ نَوْعٍ[(١)] مِنْ أَنْوَاعِهَا[(٢)].
الثَّالِثُ: فِي مَعْرِفَةِ أَحْكَامِهَا. [أ/ ٤٣٣ظ]

الْبَابُ الْأَوَّلُ:

وَالنَّظَرُ فِي الْقِسْمَةِ تَنْقَسِمُ أَوَّلًا إِلَى **قِسْمَيْنِ**:
أَحَدُهُمَا[(٣)]: قِسْمَةُ رِقَابِ الْأَمْوَالِ.
وَالثَّانِي: (فِي مَعْرِفَةِ)[(٤)] قِسْمَةِ مَنَافِعِ الرِّقَابِ.
الْقِسْمُ الْأَوَّلُ مِنْ هَذَا الْبَابِ:
فَأَمَّا قِسْمَةُ الرِّقَابِ الَّتِي لَا تُكَالُ وَلَا تُوزَنُ، فَتَنْقَسِمُ بِالْجُمْلَةِ إِلَى **ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ**:
١ - قِسْمَةُ قُرْعَةٍ (بَعْدَ تَقْوِيمٍ)[(٥)]، وَتَعْدِيلٍ.
٢ - وَقِسْمَةُ مُرَاضَاةٍ بَعْدَ تَقْوِيمٍ[(٦)] وَتَعْدِيلٍ.
٣ - وَقِسْمَةُ مُرَاضَاةٍ بِغَيْرِ تَقْوِيمٍ وَلَا تَعْدِيلٍ.
وَأَمَّا مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ: فَبِالْكَيْلِ وَالْوَزْنِ.
الْقِسْمُ الثَّانِي:
وَأَمَّا قِسْمَةُ[(٧)] الرِّقَابُ: فَإِنَّهَا تَنْقَسِمُ إِلَى **ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ**:
مَا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ، وَهِيَ الرِّبَاعُ وَالْأُصُولُ.
وَإِلَى مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ.
وَهَذَانِ قِسْمَانِ:
إِمَّا غَيْرُ مَكِيلٍ ومَوْزُونٍ، وَهُوَ الْحَيَوَانُ، وَالْعُرُوضُ.

---

(١) من (م).
(٢) زاد في المطبوع: «أَعْنِي: مَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ وَمَا لَا يَقْبَلُهَا - وَصِفَةَ الْقِسْمَةِ فِيهَا، وَشُرُوطِهَا - أَعْنِي: فِيمَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ».
(٣) من (م).
(٤) من (م).
(٥) من (م).
(٦) من (م).
(٧) من (م).

وَإِمَّا مَكِيلٌ، ومَوْزُونٌ.

فَفِي هَذَا الْبَابِ **ثَلَاثَةُ فُصُولٍ**:

الْأَوَّلُ: فِي الرِّبَاعِ.

الثَّانِي: فِي الْعُرُوضِ.

الثَّالِثُ: فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ.

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ

فَأَمَّا الرِّبَاعُ وَالْأُصُولُ:

٢٣٠٦ فَيَجُوزُ أَنْ تُقَسَّمَ بِالتَّرَاضِي وَبِالسُّهْمَةِ[١] إِذَا عَدَلَتْ بِالْقِيمَةِ؛ اتَّفَقَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى ذَلِكَ اتِّفَاقًا مُجْمَلًا، وَإِنْ كَانُوا اخْتَلَفُوا[٢] فِي مَحِلِّ ذَلِكَ وَشُرُوطِهِ[٣].

٢٣٠٧ وَالْقِسْمَةُ لَا تَخْلُو أَنْ تَكُونَ فِي مَحِلٍّ وَاحِدٍ أَوْ فِي مَحَالَّ كَثِيرَةٍ:

(أ) فَإِذَا كَانَتْ فِي مَحِلٍّ وَاحِدٍ:

فَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهَا إِذَا انْقَسَمَتْ إِلَى أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ بِالصِّفَةِ، وَلَمْ تَنْقُصْ مَنْفَعَةُ الْأَجْزَاءِ بِالِانْقِسَامِ[٤]، وَيُجْبَرُ الشُّرَكَاءُ عَلَى ذَلِكَ.

(ب) وَأَمَّا إِذَا انْقَسَمَتْ إِلَى مَا لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ:

فَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ مَالِكٌ[٥] وَأَصْحَابُهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ: إِنَّهَا تَنْقَسِمُ بَيْنَهُمْ إِذَا دَعَا[٦] أَحَدُهُمْ (إِلَى ذَلِكَ وَلَوْ لَمْ)[٧] يَصِرْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَّا مَا لَا مَنْفَعَةَ فِيهِ، مِثْلُ قَدْرِ الْقَدَمِ[٨]، وَبِهِ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ مِنْ

---

(١) في (م): «وبالشبهة».
(٢) ليست في (م).
(٣) في (م): «وشروطها».
(٤) حكى الإجماعَ على ذلك: ابنُ قُدامةَ في «المغني» (٨/ ١٧٧).
(٥) «الاستذكار» (٧/ ١٩٩)، «المقدمات» (٣/ ٣٤).
(٦) في (م): «ادعى على».
(٧) في (م): «ولم».
(٨) في (م): «القويم».

أَصْحَابِهِ فَقَطْ[١]، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ[٢]، وَالشَّافِعِيِّ[٣].

وَعُمْدَتُهُ فِي ذَلِكَ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ۝٧﴾ [النساء: ٧].

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[٤]: لَا يُقَسَّمُ إِلَّا أَنْ يَصِيرَ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَظِّهِ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ دَاخِلَةٍ عَلَيْهِ فِي الِانْتِفَاعِ مِنْ قِبَلِ الْقِسْمَةِ، وَإِنْ كَانَ لَا يُرَاعِي فِي ذَلِكَ نُقْصَانَ الثَّمَنِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ[٥]: يُقْسَمُ إِذَا صَارَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ (الَّتِي كَانَتْ فِي الِاشْتِرَاكِ أَوْ كَانَتْ أَقَلَّ.

وَقَالَ مُطَرِّفٌ مِنْ أَصْحَابِهِ[٦]:

إِنْ لَمْ يَصِرْ فِي حَظِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، مَا يَنْتَفِعُ بِهِ - لَمْ يُقْسَمْ.

وَإِنْ صَارَ)[٧] فِي حَظِّ بَعْضِهِمْ مَا يُنْتَفَعُ بِهِ، وَفِي حَظِّ بَعْضِهِمْ مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ - قُسِمَ؛ وَجُبِرُوا عَلَى ذَلِكَ، سَوَاءٌ دَعَا [أ/٤٣٤و] إِلَى ذَلِكَ صَاحِبُ النَّصِيبِ الْقَلِيلِ أَوِ الْكَثِيرِ إِلَى الْقِسْمَةِ.

وَقِيلَ: يُجْبَرُ إِنْ دَعَا صَاحِبُ النَّصِيبِ الْقَلِيلِ، وَلَا يُجْبَرُ إِنْ دَعَا صَاحِبُ النَّصِيبِ الْكَثِيرِ.

وَقِيلَ بِعَكْسِ هَذَا؛ وَهُوَ ضَعِيفٌ[٨].

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ١٩٩)، «المقدمات» (٣/ ٣٤).

(٢) «تبيين الحقائق» (٥/ ٢٦٧)، «فتح القدير» (٩/ ٤٢٥).

(٣) «الحاوي» (٨/ ٨١)، «بحر المذهب» (٧/ ٤٠٠).

(٤) «الاستذكار» (٧/ ١٩٩)، «المقدمات» (٣/ ٣٤).

(٥) «الاستذكار» (٧/ ١٩٩)، «المقدمات» (٣/ ٣٤).

(٦) «الاستذكار» (٧/ ١٩٩)، «المقدمات» (٣/ ٣٤).

(٧) من (م).

(٨) «الاستذكار» (٧/ ١٩٩)، «المقدمات» (٣/ ٣٤).

٢٣٠٨ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِيمَا إِذَا قُسِمَ(١) انْتَقَلَتْ مَنْفَعَتُهُ إِلَى مَنْفَعَةٍ أدنى(٢) مِثْلِ الْحَمَّامِ:

فَقَالَ [ب/ ٣٨٣و] مَالِكٌ(٣): يُقْسَمُ إِذَا طَلَبَ ذَلِكَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ.

وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ(٤).

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ(٥): لَا يُقْسَمُ.

وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ(٦).

فَعُمْدَةُ مَنْ مَنَعَ الْقِسْمَةَ: (قَوْلُهُ ﷺ: **«لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»**(٧)).

وَعُمْدَةُ مَنْ رَأَى الْقِسْمَةَ)(٨): قَوْلُهُ تَعَالَى: **﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ۝٧﴾** [النساء: ٧].

وَمِنَ الْحُجَّةِ لِمَنْ لَمْ(٩) يَرَ الْقِسْمَةَ: حَدِيثُ جَابِرٍ، عَنْ أَبِيهِ: **«لَا تَعْضِيَةَ(١٠) عَلَى أَهْلِ الْمِيرَاثِ إِلَّا مَا حَمَلَ الْقَسْمُ»**(١١).

---

(١) في (م): «انقسم».

(٢) في (م): «أخرى».

(٣) «الاستذكار» (٧/ ١٩٩)، «المقدمات» (٣/ ٣٤).

(٤) «الاستذكار» (٧/ ٢٠٠)، «المقدمات» (٣/ ٣٤).

(٥) «الاستذكار» (٧/ ٢٠٠)، «المقدمات» (٣/ ٣٤).

(٦) «الحاوي» (٨/ ٨١)، «المهذب» (٧/ ٤٠٠).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) ما بين القوسين ليس في (م).

(٩) ليست في (م).

(١٠) في (م): «قسمة».
قال البيهقي في «السُّنن الكبرى» (١٠/ ٢٢٦): «والتعضية التفريق، وهو مأخوذ من الأعضاء، يقال: عضيت اللحم إذا فرَّقته».اهـ.

(١١) قال المحدِّث الغماري رحمه الله في «تخريج البداية» ٨/ ١٤ (١٥٣٣): «وهو غريبٌ؛ فإن جابرًا لا تعرف له رواية عن أبيه، والحديث من رواية محمَّد بن أبي بكر بن حزم، عن أبيه».اهـ.
قلت: أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٣٦٩)، والدارقطني (٤/ ٢١٩)، والبيهقي (٢٠/ ٣٩٥، ط: هجر)، وفي «الصغرى» (٤٢٠٠، ٤٢٠١)، وفي «المعرفة» (٥٨٧٢)، من طريق محمدِ بنِ أبي بكرٍ - يَعنِي ابنَ حَزمٍ، عن أبيه، عن النَّبِيِّ ﷺ قال: .... وذكره.

=

وَالتَّعْضِيَةَ: التَّفْرِقَةُ، يَقُولُ[١]: لَا قِسْمَةَ بَيْنَهُمْ[٢]

[٢٣٠٨/أ] وَأَمَّا إِذَا كَانَت الرِّبَاعُ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدٍ:

(فَلَا يَخْلُو أَيْضًا)[٣] أَنْ يَكُونَ[٤] مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ أَوْ مُخْتَلِفَةَ الْأَنْوَاعِ:

(أ) فَإِذَا كَانَتْ مُتَّفِقَةَ الْأَنْوَاعِ:[٥] قُسِمَتْ بِالتَّقْوِيمِ وَالتَّعْدِيلِ[٦].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٧]، وَالشَّافِعِيُّ[٨]: بَلْ يُقْسَمُ كُلُّ عَقَارٍ عَلَى حِدَتِهِ.

فَعُمْدَةُ مَالِكٍ: أَنَّهُ أَقَلُّ لِلضَّرَرِ الدَّاخِلِ عَلَى الشُّرَكَاءِ مِنَ الْقِسْمَةِ.

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الثَّانِي**:

أَنَّ كُلَّ عَقَارٍ تُعَيِّنُهُ[٩] بِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ تَتَعَلَّقُ بِهِ الشُّفْعَةُ.

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ[١٠] إِذَا اخْتَلَفَتِ الْأَنْوَاعُ الْمُتَّفِقَةُ فِي

= وسُئِل الدارقطني فِي «العلل» (١/ ٢٩٠) عَن حَديث يُروى، عَن عَبد الرَّحمٰن بن أَبي بَكر، عَن أَبيه؛ أَنَّ النَّبي ﷺ قال: لا تَعضيَة على أَهل الميراث إِلَّا ما حَمَل القَسم.
فقال: «يَرويه أَبو بَكر بن أَبي سَبرَة، عَن ابن جُرَيج، عَن صِدّيق بن مُوسَى، عَن عَبد الرَّحمٰن بن أَبي بَكر، عَن أَبيه.
وهو وهمٌ.
والمَحفُوظ، عَن ابن جُرَيج، عَن صِدّيق بن مُوسَى، عَن مُحمد بن أَبي بَكر بن مُحمد بن عَمرو بن حَزم، عَن أَبيه مُرسَلًا، عَن النَّبي ﷺ.
رَواه ابن وَهب وروح، وحجَّاج وغيرهم». اهـ.

(١) في (م): «لقوله».
(٢) ينظر: «النهاية»، لابن الأثير (٣/ ٢٥٦).
(٣) في (م): «فإنها لا تخلو». (٤) في (م): «يكون».
(٥) زاد في المطبوع: «فَإِنَّ فُقَهَاءَ الْأَمْصَارِ فِي ذَلِكَ مُخْتَلِفُونَ: فَقَالَ مَالِكٌ: إِذَا كَانَتْ مُتَّفِقَةَ الْأَنْوَاعِ».
(٦) في (م): «والعدة».
(٧) «تبيين الحقائق» (٥/ ٢٦٥)، «فتح القدير» (٩/ ٤٢٢).
(٨) «الحاوي» (٨/ ٨٨)، «بحر المذهب» (٧/ ٤٠٤).
(٩) في (م): «قائم».
(١٠) «الاستذكار» (٧/ ٢٢١)، «أسهل المدارك» (ص٢١١).

الْإِنْفَاقِ[١]، وَإِنْ تَبَاعَدَتْ مَوَاضِعُهَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ.

(ب) وَأَمَّا [م/٢١٨و] إِذَا كَانَتِ الرِّبَاعُ مُخْتَلِفَةً، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ مِنْهَا دُورٌ، وَمِنْهَا حَوَائِطُ، وَمِنْهَا أَرْضُون، **فَلَا خِلَافَ** أَنَّهُ لَا يَجْمَعُ فِي الْقِسْمَةِ بِالسُّهْمَةِ[٢][٣].

وَمِنْ شَرْطِ قِسْمَةِ الْحَوَائِطِ الْمُثْمِرَةِ: أَنْ لَا يُقْسَمَ مَعَ الثَّمَرَةِ إِذَا بَدَا (صَلَاحُهَا بِاتِّفَاقٍ فِي الْمَذْهَبِ)[٤]؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَيْعُ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ عَلَى رُءُوسِ الثَّمَرِ[٥] وَذَلِكَ مُزَابَنَةٌ.

[٢٣٠٨/ب] وَأَمَّا قِسْمَتُهَا قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ:

فَفِيهِ اخْتِلَافٌ بَيْنَ أَصْحَابِ مَالِكٍ[٦]:

أَمَّا ابْنُ الْقَاسِمِ فَلَا يُجِيزُ ذَلِكَ قَبْلَ الْإِبَارِ بِحَالٍ مِنَ الْأَحْوَالِ.

وَيَعْتَلُّ لِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى[٧] طَعَامٍ بِطَعَامٍ مُتَفَاضِلًا.

وَلِذَلِكَ[٨] لَمْ يُجِزْ مَالِكٌ[٩] شِرَاءَ الثَّمَرِ الَّذِي لَمْ يَطِبْ بِالطَّعَامِ، لَا نَسِيئَةً وَلَا نَقْدًا. وَأَمَّا إِنْ كَانَ بَعْدَ الْإِبَارِ: فَإِنَّهُ لَا (يَجُوزُ عِنْدَهُ)[١٠] أَنْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهُمَا (عَلَى الْآخَرِ)[١١] أَنَّ مَا وَقَعَ مِنَ الثَّمَرِ فِي نَصِيبِهِ فَهُوَ دَاخِلٌ فِي الْقِسْمَةِ، وَمَا لَمْ يَدْخُلْ فِي نَصِيبِهِ (فَهُمْ فِيهِ)[١٢] عَلَى الشَّرِكَةِ.

---

(١) في (م): «النفاق». (٢) في (م): «بالشفعة».

(٣) «الاستذكار» (٧/ ٢٢١)، «أسهل المدارك» (ص٢١١).

(٤) ما بين القوسين مكانها بياض في (م).

(٥) في (أ): «الشجر».

(٦) «الاستذكار» (٧/ ٢٢٢)، «أسهل المدارك» (ص٢١٠).

(٧) زاد في المطبوع: «بيع». (٨) زاد في المطبوع: «زعم أنه».

(٩) «الاستذكار» (٧/ ٢٢٢)، «أسهل المدارك» (ص٢١٠).

(١٠) في (م): «يجيز عنده إلا بشرط». (١١) ليست في (م).

(١٢) في (م): «فهو في ذلك».

وَالْعِلَّةُ فِي ذَلِكَ عِنْدَهُ: أَنَّهُ يَجُوزُ اشْتِرَاطُ الْمُشْتَرِي الثَّمَرَ بَعْدَ الْإِبَارِ وَلَا يَجُوزُ قَبْلَ الْإِبَارِ، فَكَأَنَّ أَحَدَهُمَا اشْتَرَى حَظَّ صَاحِبِهِ مِنْ جَمِيعِ الثَّمَرَاتِ الَّتِي وَقَعَتْ [أ/٤٣٤ظ] لَهُ فِي الْقِسْمَةِ بِحَظِّهِ مِنَ الثَّمَرَاتِ الَّتِي وَقَعَتْ لِشَرِيكِهِ وَاشْتَرَطَ الثَّمَرَ.

وَصِفَةُ الْقَسْمِ بِالْقُرْعَةِ:

أَنْ تُقْسَمَ الْفَرِيضَةُ وَتُحَقَّقَ وَتُضْرَبَ إِنْ كَانَ فِي سِهَامِهِم كَسْرٌ إِلَى أَنْ تَصِحَّ السِّهَامُ، ثُمَّ يُقَوَّمَ كُلُّ مَوْضِعٍ مِنْهَا وَكُلُّ نَوْعٍ مِنْ غِرَاسَاتِهَا، ثُمَّ يَعْدِلَ[1] عَلَى أَقَلِّ السِّهَامِ بِالْقِيمَةِ، فَرُبَّمَا عَدَلَ[2] جُزْءٌ مِنْ مَوْضِعٍ آخر ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ عَلَى قِيَمِ الْأَرَضِينَ وَمَوَاضِعِهَا، فَإِذَا قُسِمَتْ عَلَى هَذِهِ الصِّفَاتِ، وَعُدِّلَتْ كُتِبَتْ فِي بَطَائِقَ أَسْمَاءِ الْأَشْرَاكِ، وَأَسْمَاءِ الْجِهَاتِ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ وَاسْمُ جِهَتِهِ أَخَذَ مِنْهَا.

وَقِيلَ: يُرْمَى بِالْأَسْمَاءِ فِي [ب/٣٨٣ظ] الْجِهَاتِ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ فِي جِهَةٍ أَخَذَ مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ السَّهْمِ ضُوعِفَ لَهُ حَتَّى يَتِمَّ حَظُّهُ، فَهَذِهِ هِيَ حَالُ قُرْعَةِ السَّهْمِ فِي الرِّقَابِ.

وَالسُّهْمَةُ إِنَّمَا جَعَلَهَا الْفُقَهَاءُ فِي الْقِسْمَةِ؛ تَطْيِيبًا لِنُفُوسِ الْمُتَقَاسِمِينَ.

٢٣٠٩ وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِي الشَّرْعِ فِي مَوَاضِعَ:

مِنْهَا: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ ١٤١﴾ [الصافات: ١٤١].

وَقَوْلُهُ: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤].

وَمِنْ ذَلِكَ الْأَثَرُ الثَّابِتُ الَّذِي جَاءَ فِيهِ: «أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ[3] سِتَّةَ أَعْبُدٍ عِنْدَ مَوْتِهِ، فَأَسْهَمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ ثُلُثَ ذَلِكَ الرَّقِيقِ»[4].

---

(١) في (م): «يعلل».
(٢) في (م): «كانت».
(٣) في (م): «عتق».
(٤) أخرجه مسلم (١٦٦٨).

وَأَمَّا الْقِسْمَةُ بِالتَّرَاضِي[1]، سَوَاءٌ كَانَتْ بَعْدَ تَقْوِيمٍ وتَعْدِيلٍ، أَوْ بِغَيْرِ[2] تَعْدِيلٍ وتَقْوِيمٍ؛ فَتَجُوزُ فِي الرِّقَابِ الْمُتَّفِقَةِ وَالْمُخْتَلِفَةِ؛ لِأَنَّها بَيْعٌ مِنَ الْبُيُوعِ، وَإِنَّمَا يَحْرُمُ فِيهَا[3] مَا يَحْرُمُ فِي[4] الْبُيُوعِ.

الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي الْعُرُوضِ

وَأَمَّا الْحَيَوَانُ وَالْعُرُوضُ:

٢٣١٠ **فَاتَّفَقَ الْفُقَهَاءُ** عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قِسْمَةُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْفَسَادِ الدَّاخِلِ فِي ذَلِكَ[5].

٢٣١١ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا تَشَاحَّ الشَّرِيكَانِ فِي الْعَيْنِ الْوَاحِدَةِ مِنْهُمَا[6]، وَلَمْ يَتَرَاضَيَا بِالِانْتِفَاعِ بِهَا عَلَى الشِّيَاعِ[7]، وَأَرَادَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَبِيعَ مَعَهُ صَاحِبُهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ[8]: يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَأْخُذَ بِالْقِيمَةِ الَّتِي أَعْطَى فِيهَا أَخَذَهُ.

وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ[9]: لَا يُجْبَرُ؛ لِأَنَّ الْأُصُولَ تَقْتَضِي أَنْ لَا يَخْرُجَ مِلْكُ أَحَدٍ مِنْ يَدِهِ إِلَّا بِدَلِيلٍ مِنْ كِتَابٍ، أَوْ سُنَّةٍ، أَوْ إِجْمَاعٍ.

وَحُجَّةُ مَالِكٍ: أَنَّ فِي تَرْكِ الْإِجْبَارِ ضَرَرًا.

وَهَذَا مِنْ بَابِ الْقِيَاسِ الْمُرْسَلِ[10].

وَقَدْ قُلْنَا فِي غَيْرِ مَا مَوْضِعٍ: إِنَّهُ لَيْسَ يَقُولُ بِهِ أَحَدٌ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ إِلَّا مَالِكٌ، وَلَكِنَّهُ كَالضَّرُورِيِّ فِي بَعْضِ الْأَشْيَاءِ.

---

(١) في (م): «بالمراضاة». (٢) في (م): «بعد».
(٣) في (م): «منها». (٤) في (م): «من».
(٥) حكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٤١)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ٢٠٧).
(٦) ليست في (ب). وفي (م): «منها». (٧) في (م): «المشاع».
(٨) «الاستذكار» (٧/ ٢٠٧)، «أسهل المدارك» (ص٢٠٩).
(٩) «المحلى» (٩/ ١١٢). (١٠) سبق الكلام عنه في أكثر من موضع.

٢٣١٢ وَأَمَّا إِذَا كَانَتِ الْعُرُوضُ أَكْثَرَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ:

(أ) فَاتَّفَقَ الْفُقَهَاءُ(١) عَلَى قِسْمَتِهَا عَلَى التَّرَاضِي(٢).

(ب) وَاخْتَلَفُوا فِي قِسْمَتِهَا بِالتَّعْدِيلِ وَالسُّهْمَةِ:

فَأَجَازَهَا مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ(٣)، فِي الصِّنْفِ الْوَاحِدِ.

وَمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ: عَبْدُ الْعَزِيزِ [أ/٤٣٥و] بْنُ أَبِي سَلَمَةَ(٤)، وَابْنُ الْمَاجِشُونِ(٥).

[٢٣١٢/...] وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِي تَمْيِيزِ الصِّنْفِ الْوَاحِدِ الَّذِي تَجُوزُ فِيهِ السُّهْمَةُ مِنَ الَّتِي لَا تَجُوزُ:

فَاعْتَبَرَهُ أَشْهَبُ(٦) [م/٢١٨ظ] بِمَا لَا يَجُوزُ تَسْلِيمُ بَعْضِهِ فِي بَعْضٍ.

وَأَمَّا ابْنُ الْقَاسِمِ(٧) فَاضْطَرَبَ:

فَمَرَّةً: أَجَازَ الْقَسْمَ بِالسُّهْمَةِ فِيمَا لَا يَجُوزُ تَسْلِيمُ بَعْضِهِ فِي بَعْضٍ، فَجَعَلَ الْقِسْمَةَ أَخَفَّ مِنَ السَّلَمِ.

وَمَرَّةً: مَنَعَ الْقِسْمَةَ فِيمَا مَنَعَ فِيهِ السَّلَمَ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ مَذْهَبَهُ أَنَّ الْقِسْمَةَ فِي ذَلِكَ أَخَفُّ، وَأَنَّ مَسَائِلَهُ الَّتِي يُظَنُّ(٨) مِنْ قِبَلِهَا أَنَّ الْقِسْمَةَ عِنْدَهُ أَشَدُّ مِنَ السَّلَمِ تَقْبَلُ التَّأْوِيلَ عَلَى أَصْلِهِ الثَّانِي.

---

(١) في (م): «العلماء».

(٢) انظر: «الهداية شرح البداية» (٣/ ٢٠٩)، «الشرح الكبير» (٣/ ٥٣٥)، «مواهب الجليل» (٥/ ٣٦٩)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٣٥)، «المهذب» (١/ ٣٨٨)، «الوسيط» (٤/ ١٢٦، ١٢٧)، «الحاوي الكبير» (٧/ ٣٢٨)، «أسنى المطالب» (٢/ ٣٨٩)، «المغني» (٥/ ٣٨)، «الإنصاف» (٥/ ٤٤٩، ٤٥٠).

(٣) «القوانين الفقهية» (ص٢٤٩).

(٤) «الاستذكار» (٧/ ٢٠٨).

(٥) «الاستذكار» (٧/ ٢٠٨).

(٦) «الاستذكار» (٧/ ٢٠٨)، «التنبيهات المستنبطة» (٣/ ١٨٧٦).

(٧) «الاستذكار» (٧/ ٢٠٨)، «التنبيهات المستنبطة» (٣/ ١٨٧٦).

(٨) في (م): «نص».

وَذَهَبَ ابْنُ حَبِيبٍ[١] إِلَى أَنَّهُ يَجْمَعُ فِي الْقِسْمَةِ مَا تَقَارَبَ مِنَ الصِّنْفَيْنِ [ب/ ٣٨٤] مِثْلَ الْخَزِّ، وَالْحَرِيرِ، وَالْقُطْنِ، وَالْكَتَّانِ.

وَأَجَازَ أَشْهَبُ[٢] جَمْعَ صِنْفَيْنِ فِي الْقِسْمَةِ بِالسُّهْمَةِ مَعَ التَّرَاضِي.

وَذَلِكَ ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ الْغَرَرَ لَا يَجُوزُ بِالتَّرَاضِي.

الْفَصْلُ الثَّالِثُ

فَأَمَّا الْمَكِيلُ، وَالْمَوْزُونُ:

فَلَا تحلُ[٣] فِيهِ الْقُرْعَةُ بِاتِّفَاقٍ، إِلَّا مَا حَكَى اللَّخْمِيُّ[٤].

وَالْمَكِيلُ أَيْضًا ـ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ صُبْرَةً وَاحِدَةً أَوْ صُبْرَتَيْنِ فَزَائِدًا:

فَإِنْ كَانَ صِنْفًا وَاحِدًا؛ فَلَا يَخْلُو أَنْ يكونَ قِسْمَتُهُ عَلَى الِاعْتِدَالِ بِالْكَيْلِ أَوِ الْوَزْنِ إِذَا دَعَا إِلَى ذَلِكَ أَحَدُ الشُّركاءِ.

٢٣١٣ **وَلَا خِلَافَ** فِي جَوَازِ قِسْمَتِهِ عَلَى التَّرَاضِي عَلَى التَّفْضِيلِ الْبَيِّنِ؛ كَانَ ذَلِكَ مِنَ الرِّبَوِيِّ، أَوْ مِنْ غَيْرِ الرِّبَوِيِّ ـ أَعْنِي: الَّذِي لَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ ـ وَيَجُوزُ ذَلِكَ بِالْمكْيَالِ[٥] الْمَعْلُومِ، وَالْمَجْهُولِ، وَلَا يَجُوزُ قِسْمَتُهُ جُزَافًا بِغَيْرِ كَيْلٍ وَلَا وَزْنٍ (ولا تَحرٍّ)[٦].

[٢٣١٣/أ] وَأَمَّا (إِنْ كَانَ)[٧] قِسْمَتُهُ تَحَرِّيًا:

فَقِيلَ: لَا يَجُوزُ فِي الْمَكِيلِ[٨][٩]، وَيَجُوزُ فِي الْمَوْزُونِ.

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٢٠٨)، «التنبيهات المستنبطة» (٣/ ١٨٧٦).

(٢) «الاستذكار» (٧/ ٢٠٨)، «التنبيهات المستنبطة» (٣/ ١٨٧٦).

(٣) في (م): «تجوز».

(٤) «التاج والإكليل» (٧/ ٤١٧)، «المقدمات» (٣/ ٩٤)، «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/ ٤٩٩).

(٥) في (م): «بالكيل».

(٦) من (م).

(٧) ليس في (م).

(٨) في (م): «الكيل».

(٩) «المقدمات» (٣/ ٩٤).

وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ مِنَ الْخِلَافِ مَا يَدْخُلُ فِي جَوَازِ بَيْعِهِ تَحَرِّيًا.

وَأَمَّا إِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ مِنْ صُبْرَةٍ وَاحِدَةٍ، وَكَانَا صِنْفَيْنِ:

فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ: فَلَا يَجُوزُ قِسْمَتُهَا عَلَى جِهَةِ الْجَمْعِ إِلَّا بِالْكَيْلِ الْمَعْلُومِ فِيمَا يُكَالُ وَبِالْوَزْنِ بِالصَّنْجَةِ الْمَعْرُوفَةِ فِيمَا يُوزَنُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِمِكْيَالٍ[١] مَجْهُولٍ لَمْ يَدْرِ كَمْ يَحْصُلُ فِيهِ مِنَ الصِّنْفِ الْوَاحِدِ إِذَا كَانَا مُخْتَلِفَيْنِ مِنَ الْكَيْلِ الْمَعْلُومِ.

وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ.

لِأَنَّ أَصْلَ مَذْهَبِهِ: أَنَّهُ يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ فِي الصِّنْفَيْنِ إِذَا تَقَارَبَتْ مَنَافِعُهُمَا، مِثْلُ الْقَمْحِ وَالشَّعِيرِ.

[٢٣١٣/ب] وَأَمَّا إِنْ كَانَ مِمَّا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ:

فَيَجُوزُ قِسْمَتُهُ عَلَى الِاعْتِدَالِ، وَالتَّفَاضُلِ الْبَيِّنِ الْمَعْرُوفِ؛ بِالْمِكْيَالِ الْمَعْرُوفِ أَوِ الصَّنْجَةِ الْمَعْرُوفَةِ؛ أَعْنِي: عَلَى جِهَةِ الْجَمْعِ وَإِنْ كَانَا صِنْفَيْنِ.

وَهَذَا الْجَوَازُ كُلُّهُ فِي الْمَذْهَبِ عَلَى جِهَةِ الرِّضَا[٢].

وَأَمَّا [أ/ ٤٣٥ظ] فِي وَاجِبِ الْحُكْمِ: فَلَا تَنْقَسِمُ كُلُّ صُبْرَةٍ إِلَّا عَلَى حِدَةٍ.

وَأما[٣] إِذَا قُسِمَتْ كُلُّ صُبْرَةٍ عَلَى حِدَةٍ جَازَتْ قِسْمَتُهَا بِالْمِكْيَالِ الْمَجْهُولِ وَالْمَعْلُومِ.

فَهَذَا كُلُّهُ هُوَ حُكْمُ الْقِسْمَةِ الَّتِي تَكُونُ فِي الرِّقَابِ.

الْقَوْلُ فِي الْقَسْمِ الثَّانِي: وَهُوَ قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ[٤].

فَأَمَّا قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ:

---

(١) في (م): «المكيال».

(٢) «التاج والإكليل» (٧/ ٤١٩)، «المقدمات» (٣/ ٩٢)، «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/ ٤٩٨).

(٣) ليست في (م).

(٤) زاد بعدها في (م): «بالأزمان».

فَإِنَّهَا لَا تَجُوزُ بِالسُّهْمَةِ، عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ(١)، وَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهَا مَنْ أَبَاهَا، وَلَا تَكُونُ (الْقُرْعَةُ عَلَى قِسْمَةِ الْمَنَافِعِ.

وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ(٢) إِلَى أَنَّهُ يُجْبَرُ)(٣) عَلَى قِسْمَةِ الْمَنَافِعِ، وَقِسْمَةُ الْمَنَافِعِ هِيَ عِنْدَ الْجَمِيعِ بِالْمُهَايَأَةِ(٤).

وَذَلِكَ إِمَّا بِالْأَزْمَانِ، وَإِمَّا بِالْأَعْيَانِ:

(أ) فَأَمَّا قِسْمَةُ الْمَنَافِعِ بِالْأَزْمَانِ:

فَهُوَ أَنْ يَنْتَفِعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْعَيْنِ مُدَّةً(٥) مُسَاوِيَةً لِمُدَّةِ(٦) انْتِفَاعِ صَاحِبِهِ.

(ب) وَأَمَّا قِسْمَةُ الْأَعْيَانِ:

بِأَنْ يَقْتَسِمَا(٧) الرِّقَابَ عَلَى أَنْ يَنْتَفِعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا [ب/ ٣٨٤ظ] بِمَا حَصَلَ لَهُ بِمُدَّةٍ مَحْدُودَةٍ، وَالرِّقَابُ بَاقِيَةٌ عَلَى أَصْلِ الشَّرِكَةِ.

٢٣١٤ وَفِي الْمَذْهَبِ(٨) فِي قِسْمَةِ الْمَنَافِعِ بِالزَّمَانِ - اخْتِلَافٌ فِي تَحْدِيدِ الْمُدَّةِ الَّتِي تَجُوزُ فِيهَا الْقِسْمَةُ لِبَعْضِ الْمَنَافِعِ دُونَ بَعْضٍ لِلِاغْتِلَالِ، (وَالِانْتِفَاعِ(٩)، مِثْلَ اسْتِخْدَامِ الْعَبْدِ وَرُكُوبِ الدَّابَّةِ وَزِرَاعَةِ الْأَرْضِ.

وَذَلِكَ أَيْضًا - فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ.

(أَوْ لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ.

---

(١) «المقدمات» (٣/ ١٠١)، «مناهِجُ التَّحصِيلِ» (٩/ ١٣١).
(٢) «فتح القدير» (٩/ ١٣٧). (٣) ما بين القوسين ليس في (م).
(٤) المُهَايأة - بالهمزة في الدار ونحوها: مقاسمة المنافع، وهي أن يتراضى الشريكان أن ينتفع هذا بهذا النصف المفرز، وذاك بذاك النصف أو هذا بكله في كذا من الزمان، وذاك بكله في كذا من الزمان بقدر مدة الأول. «طلبة الطلبة» (ص١٢٧).
(٥) في (م): «مرة». (٦) في (م): «المرة».
(٧) في (م): «يقسما».
(٨) «المقدمات» (٣/ ١٠١)، «مناهِجُ التَّحصِيلِ» (٩/ ١٣١).
(٩) من هنا يبدأ خرم في (م).

(أ) فَأَمَّا فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ)[١]:

فَلَا يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ[٢] فِي الْمُدَّةِ الْكَثِيرَةِ.

وَيَجُوزُ فِي الْيَسِيرَةِ، وَذَلِكَ فِي الِاغْتِلَالِ، وَالِانْتِفَاعِ.

(ب) وَأَمَّا فِيمَا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ:

فَيَجُوزُ فِي الْمُدَّةِ الْبَعِيدَةِ، وَالْأَجَلِ الْبَعِيدِ، وَذَلِكَ فِي الِاغْتِلَالِ وَالِانْتِفَاعِ.

[٢٣١٤/أ] وَاخْتَلَفُوا فِي الْمُدَّةِ الْيَسِيرَةِ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ فِي)[٣]،

[٢٣١٤/ب]الِاغْتِلَالُ:

فَقِيلَ: الْيَوْمُ الْوَاحِدُ.

وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الدَّابَّةِ وَالْعَبْدِ[٤].

[٢٣١٤/ج] وَأَمَّا الِاسْتِخْدَامُ:

فَقِيلَ: يَجُوزُ فِي مِثْلِ الخَمْسَةِ الْأَيَّامِ.

وَقِيلَ: فِي الشَّهْرِ وَأَكْثَرَ مِنَ الشَّهْرِ قَلِيلًا[٥].

[٢٣١٤/د] وَأَمَّا (التَّهَايُؤُ فِي الْأَعْيَانِ)[٦]:

بِأَنْ يَسْتَعْمِلَ هَذَا دَارًا مُدَّةً مِنَ الزَّمَانِ، وَهَذَا دَارًا (تِلْكَ الْمُدَّةَ)[٧] بِعَيْنِهَا.

فَقِيلَ: يَجُوزُ فِي سُكْنَى الدَّارِ وَزِرَاعَةِ الْأَرَضِينَ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي [م/٢١٩و] الْغَلَّةِ وَالْكِرَاءِ إِلَّا فِي الزَّمَانِ الْيَسِيرِ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٢) «المقدمات» (٣/ ١٠٢)، «مَناهِجُ التَّحصِيلِ» (٩/ ١٣٠).

(٣) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (أ).

(٤) «المقدمات» (٣/ ١٠٢).

(٥) «المقدمات» (٣/ ١٠٢).

(٦) في (م): «التعيين في الأموال».

(٧) ليست في (م).

وَقِيلَ: لا يَجُوزُ عَلَى قِيَاسِ التَّهَايُؤِ بِالْأَزْمَانِ[١].

وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ فِي اسْتِخْدَامِ الْعَبْدِ وَالدَّوَابِّ يَجْرِي الْقَوْلُ فِي ذَلِكَ عَلَى (الِاخْتِلَافِ فِي)[٢] قِسْمَتِهَا بِالزَّمَانِ.

فَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ فِي أَنْوَاعِ الْقِسْمَةِ فِي الرِّقَابِ، (وَفِي الْمَنَافِعِ)[٣]، وَفِي الشُّرُوطِ الْمُصَحِّحَةِ وَالْمُفْسِدَةِ.

(وَبَقِيَ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ الْقَوْلُ فِي الْأَحْكَامِ)[٤].

[الْبَابُ الثَّالِث]: الْقَوْلُ فِي الْأَحْكَامِ

وَالْقِسْمَةُ مِنَ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ لَا يَجُوزُ [أ/٤٣٦و] لِلْمُتَقَاسِمَيْنِ نَقْضُهَا، وَلَا الرُّجُوعُ فِيهَا إِلَّا بِالطَّوَارِئِ عَلَيْهَا.

وَالطَّوَارِئُ عَلَيْهَا ثَلَاثَةٌ: غَبْنٌ، أَوْ وُجُودُ[٥] عَيْبٍ، أَوِ اسْتِحْقَاقٌ.

فَأَمَّا الْغَبْنُ:

فَلَا (يُوجِبُ الْفَسْخَ)[٦] إِلَّا فِي قِسْمَةِ الْقُرْعَةِ، بِاتِّفَاقٍ فِي الْمَذْهَبِ، إِلَّا عَلَى قِيَاسِ مَنْ يَرَى لَهُ تَأْثِيرٌ فِي الْبَيْعِ، فَيَلْزَمُ عَلَى مَذْهَبِهِ أَنْ يُؤَثِّرَ فِي الْقِسْمَةِ.

وَأَمَّا الرَّدُّ بِالْعَيْبِ:

فَإِنَّهُ لَا يَخْلُو ـ عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ[٧]: أَنْ يَجِدَ الْعَيْبَ فِي جُلِّ نَصِيبِهِ أَوْ فِي أَقَلِّهِ.

فَإِنْ وَجَدَهُ فِي جُلِّ نَصِيبِهِ:

فَإِنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ النَّصِيبُ الَّذِي حَصَلَ لِشَرِيكِهِ قَدْ فَاتَ أَوْ لَمْ يَفُتْ:

فَإِنْ كَانَ قَدْ فَاتَ:

---

(١) «المقدمات» (٣/ ١٠٣).
(٢) في (م): «اختلاف».
(٣) من (م).
(٤) في (م): «من هذا الكتاب».
(٥) ليست في (م).
(٦) في (م): «يجوز».
(٧) «المقدمات» (٣/ ١٠٣)، «مناهِجُ التَّحصِيلِ» (٩/ ١٣٧).

رَدَّ الْوَاجِدُ لِلْعَيْبِ نَصِيبَهُ عَلَى الشَّرِكَةِ، وَأَخَذَ مِنْ شَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَةِ نَصِيبِهِ يَوْمَ قَبْضِهِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَفُتِ انْفَسَخَتِ الْقِسْمَةُ، وَعَادَتِ الشَّرِكَةُ إِلَى أَصْلِهَا.

وَإِنْ كَانَ [ب/ ٣٨٥و] **الْعَيْبُ فِي أَقَلِّ ذَلِكَ:**

(رَجَعَ[١] ذَلِكَ الْأَقَلَّ عَلَى أَصْلِ الشَّرِكَةِ فَقَطْ، سَوَاءٌ فَاتَ نَصِيبُ صَاحِبِهِ أَوْ لَمْ يَفُتْ، وَرَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِ قِيمَةِ ذَلِكَ)[٢] الرَّدُّ، وَلَا يَرْجِعُ فِي شَيْءٍ مِمَّا فِي يَدِهِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا[٣].

وَبه قَالَ أَشْهَبُ[٤].

وَالَّذِي[٥] يُفِيتُ[٦] الرَّدَّ بالعَيْبِ[٧]: قَدْ تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ.

وَقَالَ عَبْدُ الْعَزِيزِ الْمَاجِشُونِ[٨][٩]: وُجُودُ الْعَيْبِ يَفْسَخُ الْقِسْمَةَ الَّتِي بِالْقُرْعَةِ وَلَا يَفْسَخُ الَّتِي بِالتَّرَاضِي؛ لِأَنَّ (الَّتِي بِالتَّرَاضِي هِيَ)[١٠] بَيْعٌ.

وَأَمَّا الَّتِي بِالْقُرْعَةِ فَهِيَ تَمْيِيزُ حَقٍّ، وَإِذَا فُسِخَتْ[١١] بِالْغَبْنِ[١٢] وَجَبَ أَنْ تُفْسَخَ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

وَحُكْمُ الِاسْتِحْقَاقِ - عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ[١٣] - حُكْمُ وُجُودِ الْعَيْبِ:

---

(١) ليست في (م).
(٢) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٣) زاد في المطبوع: «العيب».
(٤) «المقدمات» (٣/ ١٠٤)، «مناهِجُ التَّحصِيلِ» (٩/ ١٣٩).
(٥) مكانها بياض في (م).
(٦) يقال: أفاتَ يفيت، أَفِتْ، إفاتةً، فهو مُفيت، والمفعول مُفات. أفاته الأمْرَ: جعله يفوته.
ينظر: «معجم اللغة العربية المعاصرة» (٣/ ١٧٥٠).
(٧) في (م): «بعينه».
(٨) في (م): «ابن أبي سلمة».
(٩) «المقدمات» (٣/ ١٠٤)، «مناهِجُ التَّحصِيلِ» (٩/ ١٣٩).
(١٠) في (م): «هذا».
(١١) في (م): «انفسخت».
(١٢) في (م): «بالعيب».
(١٣) «المقدمات» (٣/ ١٠٤)، «مناهِجُ التَّحصِيلِ» (٩/ ١٣٩).

إِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ كَثِيرًا وَحَظُّ الشَّرِيكِ لَمْ يَفُتْ: رَجَعَ مَعَهُ شَرِيكًا فِيمَا فِي يَدَيْهِ. وَإِنْ كَانَ قَدْ فَاتَ: رَجَعَ عَلَيْهِ بِنِصْفِ قِيمَةِ مَا فِي يَدَيْهِ.

وَإِنْ كَانَ يَسِيرًا رَجَعَ عَلَيْهِ بِنِصْفِ قِيمَةِ ذَلِكَ الشَّيْءِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا اسْتُحِقَّ مَا فِي يَدِ أَحَدِهِمَا بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ فِي قِسْمَةِ الْقُرْعَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْقِسْمَةَ لَمْ تَقَعْ عَلَى عَدْلٍ، كَقَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ فِي الْعَيْبِ[١].

٢٣١٥ وَأَمَّا إِذَا طَرَأَ عَلَى الْمَالِ حَقٌّ فِيهِ، مِثْلُ طَوَارِئِ الدَّيْنِ عَلَى الشَّرِكَةِ[٢] بَعْدَ الْقِسْمَةِ، أَوْ طُرُوِّ الْوَصِيَّةِ، أَوْ طُرُوِّ وَارِثٍ:

فَإِنَّ أَصْحَابَ مَالِكٍ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ[٣].

فَأَمَّا طُرُوُّ الدَّيْنِ:

فالْمَشْهُورِ (عِنْدَ مَالِك)[٤] فِي الْمَذْهَبِ[٥].

وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ[٦]: إِنَّ الْقِسْمَةَ تَنْتَقِضُ إِلَّا أَنْ يَتَّفِقَ الْوَرَثَةُ، عَلَى أَنْ يُعْطُوا الدَّيْنَ مِنْ عِنْدِهِمْ، وَسَوَاءٌ أَكَانَتْ حُظُوظُهُمْ بَاقِيَةً بِأَيْدِيهِمْ أَوْ لَمْ تَكُنْ، هَلَكَتْ بِأَمْرٍ (مِنَ السَّمَاءِ)[٧] أَوْ لَمْ تَهْلِكْ.

وَقَدْ قَالَ - أَيْضًا[٨]: [أ/٤٣٦ظ] إِنَّ الْقِسْمَةَ (إِنَّمَا[٩] تَنْتَقِضُ بِيَدِ مَنْ بَقِيَ فِي يَدِهِ حَظُّهُ، وَلَمْ تَهْلِكْ بِأَمْرٍ مِنَ السَّمَاءِ.

وَأَمَّا مَنْ هَلَكَ حَظُّهُ بِأَمْرٍ مِنَ السَّمَاءِ:

فَلَا يُرْجَعُ عَلَيهِ[١٠] بِشَيءٍ مِنَ الدَّيْنِ، وَلَا يَرْجِعُ هُوَ عَلَى الْوَرَثَةِ بِمَا بَقِيَ بِأَيْدِيهِمْ بَعْدَ تأدية الدَّيْنِ.

---

(١) «المقدمات» (٣/ ١٠٥).
(٢) في (م): «التركة».
(٣) «المقدمات» (٣/ ١٠٥).
(٤) من (م).
(٥) «القوانين الفقهية» (ص٢٤٩)، «البيان والتحصيل» (١١/ ٢٢٠).
(٦) «المقدمات» (٣/ ١٠٥).
(٧) في (م): «الله».
(٨) «المقدمات» (٣/ ١٠٥).
(٩) من هنا يبدأ خرم في (م).
(١٠) في (أ): «إليه».

وَقِيلَ: بَلْ تَنْتَقِضُ الْقِسْمَةُ(١) وَلَا بُدَّ، لِحَقِّ اللهِ تَعَالَى لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١٢].

وَقِيلَ: بَلْ تَنْتَقِضُ إِلَّا فِي حَقِّ مَنْ أَعْطَى مِنْهُ مَا يَنْوِي بِهِ مِنَ الدَّيْنِ.

وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي طُرُوِّ الْمُوصَى لَهُ عَلَى الْوَرَثَةِ.

وَأَمَّا طُرُوُّ الْوَارِثِ عَلَى التركة بَعْدَ الْقِسْمَةِ، وَقَبْلَ أَنْ يَفُوتَ حَظُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ: فَلَا تَنْتَقِضُ الْقِسْمَةُ، وَأَخَذَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ حَظَّهُ إِنْ كَانَ ذَلِكَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا، وَإِنْ كَانَ حَيَوَانًا، أَوْ عُرُوضًا انْتَقَضَتِ الْقِسْمَةُ(٢).

[٢٣١٥/...] وَهَلْ يَضْمَنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَا تَلَفَ(٣) فِي يَدِهِ بِغَيْرِ سَبَبٍ مِنْهُ؟

فَقِيلَ: يَضْمَنُ.

وَقِيلَ: لَا يَضْمَنُ(٤).

(كَمُلَ كِتَابُ الْقِسْمَةِ، بِحَمْدِ اللهِ وَعَوْنِهِ)(٥).

[م/ ٢٣١و] [أ/ ٤٠٤ظ]

---

(١) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (م).

(٢) «المقدمات» (٣/ ١٠٤).

(٣) في (م): «ما فات».

(٤) «المقدمات» (٣/ ١٠٥).

(٥) في (م): «تم، بحمد الله».

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)(١)

(كِتَابُ(٢) الرُّهُونِ

وَالْأَصْلُ فِي هَذَا الْكِتَابِ(٣):

قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْكِتَابِ:

فِي الْأَرْكَانِ، وَفِي الشُّرُوطِ، وَفِي الْأَحْكَامِ.

وَالْأَرْكَانُ:

هِيَ النَّظَرُ فِي الرَّاهِنِ، وَالْمَرْهُونِ، وَالْمُرْتَهِنِ، وَالشَّيْءِ الَّذِي فِيهِ الرَّهْنُ، وَصِفَةِ عَقْدِ الرَّهْنِ.

(أ) الرُّكْنُ الْأَوَّلُ:

فَأَمَّا الرَّاهِنُ:

٢٣١٦ **فَلَا خِلَافَ** أَنَّ مِنْ صِفَتِهِ أَنْ يَكُونَ غَيْرَ [أ/٤٠٥و] مَحْجُورٍ عَلَيْهِ مِنْ أَهْلِ السَّدَادِ، وَالْوَصِيُّ يَرْهَنُ لِمَنْ يَلِي النَّظَرَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ سَدَادًا(٤)، وَدَعَتْ إِلَيْهِ الضَّرُورَةُ عِنْدَ مَالِكٍ(٥).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٦): يَرْهَنُ لِمَصْلَحَةٍ ظَاهِرَةٍ، وَيَرْهَنُ الْمُكَاتَبُ وَالْمَأْذُونُ

---

(١) من (م).
(٢) من هنا يبدأ خرم في (ب).
(٣) في (م): «الباب».
(٤) انظر: «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (٢/ ٦٤).
(٥) «المدونة» (٥/ ٣١٤)، «شرح الخرشي» (٥/ ٢٣٦)، «مواهب الجليل» (٦/ ٣٧٩)، «منح الجليل» (٥/ ٤١٩)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣).
(٦) «أسنى المطالب» (٤/ ٤٩٦)، «نهاية المطلب» (٦/ ٨٢، ٨٦)، ، «فتح العزيز» (١٠/ ٦٠).

لَهُ[(١)] عِنْدَ مَالِكٍ[(٢)] إِذَا أَصَابَ الْمُكَاتَبُ.

وقَالَ سَحْنُونٌ[(٣)]: فَإِنِ ارْتَهَنَ فِي مَالٍ أَسْلَفَهُ لَمْ يَجُزْ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ.

[٢٣١٦/أ] وَاتَّفَقَ مَالِكٌ[(٤)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٥)]: عَلَى أَنَّ الْمُفْلِسَ لَا يَجُوزُ رَهْنُهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٦)]: يَجُوزُ.

[٢٣١٦/ب] وَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الَّذِي أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ هَلْ يَجُوزُ رَهْنُهُ ـ أَعْنِي: هَلْ يَلْزَمُ أَمْ لَا يَلْزَمُ؟

فَالْمَشْهُورُ عَنْهُ: أَنَّهُ يَجُوزُ ـ أَعْنِي: قَبْلَ أَنْ يُفْلِسَ، وَالْخِلَافُ آيِلٌ إِلَى هَلِ الْمُفْلِسُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ أَمْ لَا؟

وَكُلٌّ[(٧)] مَنْ صَحَّ أَنْ يَكُونَ رَاهِنًا صَحَّ أَنْ يَكُونَ مُرْتَهِنًا.

(ب) الرُّكْنُ الثَّانِي ـ وَهُوَ الرَّهْنُ:

وَقَالَتِ الشَّافِعِيَّةُ[(٨)]: **يَصِحُّ بِثَلَاثَةِ شُرُوطٍ:**

(١) الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ عَيْنًا، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ رَهْنُ الدَّيْنِ.

(٢) الثَّانِي: أَنْ لَا يَمْتَنِعَ إِثْبَاتُ يَدِ الْمُرْتَهَنِ عَلَيْهِ كَالْمُصْحَفِ.

وَمَالِكٌ[(٩)] يُجِيزُ رَهْنَ الْمُصْحَفِ، وَلَا يَقْرَأُ فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، وَالْخِلَافُ

---

(١) من (أ).

(٢) ينظر: «مواهب الجليل» (٦/ ٣٧٩)، «روضة الطالبين» (٤/ ٦٤).

(٣) «مواهب الجليل» (٦/ ٣٨٠)، «منح الجليل» (٥/ ٤١٩).

(٤) «منح الجليل» (٥/ ٤٢٠).

(٥) «روضة الطالبين» (٤/ ٦٤)، «أسنى المطالب» (٤/ ٤٩٦).

(٦) «تبيين الحقائق» (٦/ ٧٣)، «المبسوط» (٢١/ ١٠١)، «الهداية» (٤/ ٤٢١)، «العناية شرح الهداية» (١٠/ ١٦١)، «البناية شرح الهداية» (١٢/ ٥١١).

(٧) في (م): «وهل».

(٨) «روضة الطالبين» (٤/ ٦٦)، «فتح العزيز» (١٠/ ٦٣).

(٩) «الدسوقي على الشرح الكبير» (٤/ ٢٠).

مَبْنِيٌّ عَلَى الْبَيْعِ[١].

(٣) الثَّالِثُ: أَنْ تَكُونَ الْعَيْنُ قَابِلَةً لِلْبَيْعِ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ.

وَيَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ[٢] أَنْ يَرْتَهِنَ[٣] مَا لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ فِي وَقْتِ الِارْتِهَانِ كَالزَّرْعِ، وَالثَّمَرِ لَمْ[٤] يَبْدُ صَلَاحُهُ، وَلَا يُبَاعُ عِنْدَهُ فِي أَدَاءِ الدَّيْنِ إِلَّا إِذَا بَدَا صَلَاحُهُ، وَإِنْ حَلَّ أَجَلُ الدَّيْنِ.

(وَعَنِ[٥] الشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ[٦]: فِي زهو الثَّمَرِ الَّذِي لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ، وَيُبَاعُ عِنْدَهُ عِنْدَ حُلُولِ الدَّيْنِ عَلَى شَرْطِ الْقَطْعِ.

قَالَ أَبُو حَامِدٍ: وَالْأَصَحُّ جَوَازُهُ.

وَيَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ[٧] رَهْنُ مَا لَمْ يَتَعَيَّنْ؛ كَالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ إِذَا طُبِعَ عَلَيْهَا.

وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الرَّهْنِ أَنْ يَكُونَ مِلْكًا لِلرَّاهِنِ لَا عِنْدَ مَالِكٍ، وَلَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، بَلْ قَدْ يَجُوزُ عِنْدَهُمَا أَنْ يَكُونَ مُسْتَعَارًا.

٢٣١٧ **وَاتَّفَقُوا)**[٨] عَلَى أَنَّ مِنْ شَرْطِهِ[٩] أَنْ يَكُونَ إِقْرَارُهُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ مِنْ قِبَلِ الرَّاهِنِ[١٠].

٢٣١٨ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا كَانَ قَبْضُ الْمُرْتَهِنِ لَهُ بِغَصْبٍ، ثُمَّ أَقَرَّهُ الْمَغْصُوبُ مِنْهُ فِي يَدِهِ رَهْنًا:

---

(١) في (م): «المنع».

(٢) «مواهب الجليل» (٥/ ٢).

(٣) في (م): «يرهن».

(٤) في (م): «الذي».

(٥) من هنا يبدأ خرم في (م)، وقد استدركه الناسخ في آخر كتاب الرهن.

(٦) «الحاوي الكبير» (٧/ ٣٢٢)، «قليوبي وعميرة» (٢/ ٤٠٤).

(٧) «المدونة» (٤/ ٢٥)، «القوانين الفقهية» (ص١٦٩)، «الكافي»، لابن عبد البر (ص٣١٧).

(٨) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (ب).

(٩) في (ب): «شروطه».

(١٠) حكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٧).

فَقَالَ مَالِكٌ(١): يَصِحُّ أَنْ ينتقل الشَّيْءُ الْمَغْصُوبُ مِنْ ضَمَانِ الْغَصْبِ إِلَى ضَمَانِ الرَّهْنِ، يَجْعَلُ الْمَغْصُوبُ مِنْهُ الشَّيْءَ الْمَغْصُوبَ رَهْنًا فِي يَدِ الْغَاصِبِ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٢): لَا يَجُوزُ، بَلْ يَبْقَى عَلَى ضَمَانِ الغَاصِبِ(٣) - إِلَّا أَنْ يَقْبِضَهُ.

٢٣١٩ **وَاخْتَلَفُوا** فِي رَهْنِ الْمُشَاعِ:

فَمَنَعَهُ أَبُو حَنِيفَةَ(٤) [أ/ ٤٠٥ظ].

وَأَجَازَهُ مَالِكٌ(٥)، وَالشَّافِعِيُّ(٦).

وَالسَّبَبُ فِي الْخِلَافِ:

هَلْ يُمْكِنُ(٧) حِيَازَةُ الْمُشَاعِ أَمْ لَا يُمْكِنُ(٨)(٩)

(ج) الرُّكْنُ الثَّالِثُ - وَهُوَ الشَّيْءُ الْمَرْهُونُ فِيهِ:

وَأَصْلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ(١٠) فِي هَذَا: أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُؤْخَذَ الرَّهْنُ فِي جَمِيعِ الْأَثْمَانِ الْوَاقِعَةِ فِي جَمِيعِ الْمَبِيعَاتِ إِلَّا الصَّرْفَ، وَرَأْسَ الْمَالِ فِي السَّلَمِ الْمُتَعَلِّقِ بِالذِّمَّةِ.

وَذَلِكَ لِأَنَّ الصَّرْفَ، مِنْ شَرْطِهِ: التَّقَابُضُ، فَلَا يَجُوزُ فِيهِ عنده الرَّهْنِ.

وَكَذَلِكَ رَأْسُ مَالِ السَّلَمِ، وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ دُونَ الصَّرْفِ فِي هَذَا الْمَعْنَى.

وَقَالَ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ(١١): لَا يَجُوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ إِلَّا فِي السَّلَمِ -

---

(١) «الذخيرة» (٣/ ١٠٣)، «القوانين الفقهية» (ص٢١٣).
(٢) «المهذب» (١/ ٢٩٩)، «روضة الطالبين» (٤/ ٧).
(٣) في (م): «الغصب».
(٤) تحفة الفقهاء (٣/ ٤٢).
(٥) «الذخيرة» (٣/ ١٠٣)، «القوانين الفقهية» (ص٢١٣).
(٦) الحاوي» (٦/ ٧٠).
(٧) في (م): «تمكن».
(٨) من (م).
(٩) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (م).
(١٠) «المقدمات» (٢/ ٣٦٤).
(١١) «المحلى» (٦/ ٣٧١).

أَعْنِي: فِي الْمُسْلَمِ فِيهِ(١).

وَهَؤُلَاءِ ذَهَبُوا إِلَى ذَلِكَ؛ لِكَوْنِ آيَةِ الرَّهْنِ وَارِدَةً فِي الدَّيْنِ فِي الْمَبِيعَاتِ، وَهُوَ السَّلَمُ عِنْدَهُمْ، فَكَأَنَّهُمْ جَعَلُوا هَذَا شَرْطًا مِنْ شُرُوطِ صِحَّةِ الرَّهْنِ.

لِأَنَّهُ قَالَ فِي أَوَّلِ الْآيَةِ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ثُمَّ قَالَ: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

فَعَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ(٢): يَجُوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ فِي السَّلَمِ، وَفِي الْقَرْضِ، وَفِي الْغَصْبِ، وَفِي قِيَمِ الْمُتْلَفَاتِ، وَفِي أُرُوشِ(٣) الْجِنَايَاتِ فِي الْأَمْوَالِ، وَفِي جِرَاحِ الْعَمْدِ الَّذِي لَا قَوَدَ فِيهِ كَالْمَأْمُومَةِ وَالْجَائِفَةِ.

[٢٣١٩/أ] وَأَمَّا قَتْلُ الْعَمْدِ، وَالْجِرَاحُ الَّتِي يُقَادُ مِنْهَا:

فَيَتَخَرَّجُ فِي جَوَازِ أَخْذِ الرَّهْنِ فِي الدِّيَةِ فِيهَا إِذَا عَفَا الْوَلِيُّ قَوْلَانِ(٤):

أَحَدُهُمَا: أَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ.

وَذَلِكَ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْوَلِيَّ مُخَيَّرٌ فِي الْعَمْدِ بَيْنَ الدِّيَةِ وَالْقَوَدِ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ، وَذَلِكَ أَيْضًا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنْ لَيْسَ لِلْوَلِيِّ إِلَّا الْقَوَدُ فَقَطْ إِذَا أَبَى الْجَانِي مِنْ إِعْطَاءِ الدِّيَةِ.

وَيَجُوزُ فِي قَتْلِ الْخَطَأِ أَخْذُ الرَّهْنِ مِمَّنْ يَتَعَيَّنُ مِنَ الْعَاقِلَةِ، وَذَلِكَ بَعْدَ الْحَوْلِ. (وَيَجُوزُ فِي الْعَارِيَةِ الَّتِي تُضْمَنُ، وَلَا يَجُوزُ فِيمَا لَا يُضْمَنُ)(٥).

وَيَجُوزُ أَخْذُهُ فِي الْإِجَارَاتِ.

وَيَجُوزُ فِي الْجُعْلِ بَعْدَ الْعَمَلِ، وَلَا يَجُوزُ قَبْلَهُ.

[ب/٣٥٦ظ] وَيَجُوزُ الرَّهْنُ فِي الْمَهْرِ.

---

(١) في (م): «إليه».
(٢) «المقدمات» (٢/ ٣٦٤).
(٣) في (م): «أرش».
(٤) «المقدمات» (٢/ ٣٦٥).
(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).

وَلَا يَجُوزُ فِي الْحُدُودِ [م/٢٣١ظ]، وَلَا فِي الْقِصَاصِ، وَلَا فِي الْكِتَابَةِ، وَبِالْجُمْلَةِ فِيمَا لَا تَصِحُّ فِيهِ الْكَفَالَةُ.

[٢٣١٩/ب] وَقَالَتِ الشَّافِعِيَّةُ(١): الْمَرْهُونُ فِيهِ لَهُ شَرَائِطُ ثَلَاثة(٢):

أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ دَيْنًا، فَإِنَّهُ لَا يُرْهَنُ فِي عَيْنٍ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ وَاجِبًا، فَإِنَّهُ لَا يُرْهَنُ قَبْلَ الْوُجُوبِ، مِثْلَ أَنْ يَسْتَوْهِبَهُ(٣) بِمَا يَسْتَقْرِضُهُ، وَيَجُوزُ ذَلِكَ عِنْدَ مَالِكٍ(٤).

وَالثَّالِثُ: أَنْ لَا يَكُونَ لُزُومُهُ [أ/٤٠٦و] مُتَوَقَّعًا أَنْ يَجِبَ، وَأَنْ لَا يَجِبَ كَالرَّهْنِ فِي الْكِتَابَةِ، وَهَذَا الْمَذْهَبُ قَرِيبٌ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ.

الْقَوْلُ فِي الشُّرُوطِ:

وَأَمَّا شُرُوطُ الرَّهْنِ:

فَالشُّرُوطُ الْمَنْطُوقُ بِهَا فِي الشَّرْعِ ضَرْبَانِ:

(أ) شُرُوطُ صِحَّةٍ.

(ب) وَشُرُوطُ فَسَادٍ.

فَأَمَّا **شُرُوطُ الصِّحَّةِ** الْمَنْطُوقُ بِهَا فِي الشَّرْعِ(٥) ـ أَعْنِي: فِي كَوْنِهِ رَهْنًا ـ **فَشَرْطَانِ**:

أَحَدُهُمَا:

مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ بِالْجُمْلَةِ، وَمُخْتَلَفٌ فِي الْجِهَةِ الَّتِي هو بِهَا شَرْطٌ وَهُوَ الْقَبْضُ.

وَالثَّانِي:

مُخْتَلَفٌ فِي اشْتِرَاطِهِ.

---

(١) «البيان» (٦/ ١٤ ـ ١٥)، «الحاوي» (١٠/ ٤٧٣).

(٢) في (ب): «ثلاث». والوجهان سائغان.

(٣) في (م): «يستقرضه»، وفي المطبوع: «يسترهنه».

(٤) «المقدمات» (٢/ ٣٦٤).

(٥) في (أ): «الرهن».

فَأَمَّا الْقَبْضُ:

٢٣٢٠ **فَاتَّفَقُوا** بِالْجُمْلَةِ عَلَى أَنَّهُ شَرْطٌ فِي الرَّهْنِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ﴾ [البقرة: ٢٨٣](١).

٢٣٢١ **وَاخْتَلَفُوا** هَلْ هُوَ شَرْطُ تَمَامٍ أَوْ شَرْطُ صِحَّةٍ؟

وَفَائِدَةُ الْفَرْقِ:

أَنَّ مَنْ قَالَ: شَرْطُ صِحَّةٍ، قَالَ: مَا لَمْ يَقَعِ الْقَبْضُ لَمْ يَلْزَمِ الرَّهْنُ.

وَمَنْ قَالَ شَرْطُ تَمَامٍ ـ قَالَ: يَلْزَمُ الْعَقْد وَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَى الْإِقْبَاضِ؛ إِلَّا أَنْ يَتَرَاخَى الْمُرْتَهِنُ عَنِ الْمُطَالَبَةِ حَتَّى يُفْلِسَ الرَّاهِنُ، أَوْ يَمْرَضَ، أَوْ يَمُوتَ.

فَذَهَبَ مَالِكٌ(٢) إِلَى أَنَّهُ مِنْ شُرُوطِ التَّمَامِ.

وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ(٣)، وَالشَّافِعِيُّ(٤)، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ(٥) إِلَى أَنَّهُ مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ: قِيَاسُ الرَّهْنِ عَلَى سَائِرِ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ بِالْقَوْلِ.

وَعُمْدَةُ الْغَيْرِ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وَقَالَ بَعْضُ أَهْلِ الظَّاهِرِ(٦): (لَا يَجُوزُ الرَّهْنُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَالِكَ كَاتِبٌ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ولَا يُجَوِّزُ أَهْلُ الظَّاهِرِ)(٧): أَنْ يُوضَعَ الرَّهْنُ عَلَى يَدَيْ عَدْلٍ.

---

(١) حكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٧)، والبغوي في «معالم التنزيل» (١/ ٣٥٢).

(٢) «الكافي» (ص٤١٠)، «المقدمات» (٣/ ٢١).

(٣) «المبسوط» (٢١/ ١٢٥)، «الهداية شرح البداية» (٤/ ١٣٢)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٣٧)، «مجمع الأنهر» (٤/ ٢٧٠).

(٤) «الأم» (٣/ ١٩٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٢٨).

(٥) «المحلى» (٨/ ٨٨).

(٦) «المحلى» (٨/ ٨٧).

(٧) ما بين القوسين ليس في (م).

وَعِنْدَ مَالِكٍ(١): أَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الرَّهْنِ (اسْتِدَامَةَ الْقَبْضِ، [فَإِنَّهُ مَتَى عَادَ إِلَى يَدِ الرَّاهِنِ)(٢) بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ بِعَارِيَّةٍ، أَوْ وَدِيعَةٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، فَقَدْ خَرَجَ مِنَ اللُّزُومِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣): لَيْسَ](٤) اسْتِدَامَةُ الْقَبْضِ مِنْ شَرْطِ الصِّحَّةِ.

فَمَالِكٌ: عَمَّمَ الشَّرْطَ عَلَى ظَاهِرِهِ، فَأَلْزَمَ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وُجُودَ الْقَبْضِ وَاسْتِدَامَتَهُ.

وَالشَّافِعِيُّ(٥) يَقُولُ: إِذَا وُجِدَ الْقَبْضُ فَقَدْ صَحَّ الرَّهْنُ وَانْعَقَدَ، [ب/٣٥٧و] فَلَا يحلُّ عِنْدَ(٦) ذَلِكَ إِعَارَتَهُ وَلَا غَيْرَ ذَلِكَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ كَالْحَالِ فِي الْبَيْعِ.

وَقَدْ كَانَ الْأَوْلَى بِمَنْ يَشْتَرِطُ الْقَبْضَ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ أَنْ يَشْتَرِطَ الِاسْتِدَامَةَ، وَمَنْ لَمْ يَشْتَرِطْه فِي الصِّحَّةِ (أَلَّا يَشْتَرِطَهُ فِي)(٧) الِاسْتِدَامَةَ.

٢٣٢٢ وَاتَّفَقُوا عَلَى جَوَازِهِ فِي السَّفَرِ(٨).

٢٣٢٣ وَاخْتَلَفُوا فِي الْحَضَرِ:

فَذَهَبَ الْجُمْهُورُ إِلَى جَوَازِهِ(٩).

وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ(١٠)، وَمُجَاهِدٌ(١١): لَا يَجُوزُ فِي الْحَضَرِ؛ (لِظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ﴾ [البقرة: ٢٨٣] الْآيَةَ.

---

(١) «القوانين الفقهية» (ص٢٥١)، «المقدمات» (٣/ ٢٢).

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٣) «مغني المحتاج» (٢/ ١٢٨).

(٤) ما بين المعكوفتين ليس في (ب).

(٥) «مغني المحتاج» (٢/ ١٢٨).

(٦) ليست في (م).

(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «إلا بشرط».

(٨) نقله ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٧)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص٦٠)، وابن بطال في «شرح صحيح البخاري» (٧/ ٢٥)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (١/ ٣٠٧).

(٩) حكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٧)، وابنُ هبيرة في «الإفصاح» (١/ ٣٠٧). وانظر: «المبسوط» (٢١/ ١١٤)، «الذخيرة» (٨/ ٧٥)، «الحاوي في فقه الشافعي» (٦/ ٤)، «المغني» (٦/ ٤٤٤).

(١٠) «المحلى» (٨/ ٨٧)، وفيه: «نحن لا نمنع من الرهن بغير أن يشترط في العقد».

(١١) «المغني» (٦/ ٤٤٤).

وَتَمَسَّكَ الْجُمْهُورُ بِمَا وَرَدَ مِنْ: «أَنَّهُ ﷺ رَهَنَ فِي الْحَضَرِ»[(١)][(٢)].

وَالْقَوْلُ فِي اسْتِنْبَاطِ مَنْعِ الرَّهْنِ فِي الْحَضَرِ مِنَ الْآيَةِ هُوَ مِنْ بَابِ دَلِيلِ الْخِطَابِ.

وَأَمَّا الشَّرْطُ الْمُحَرَّمُ الْمَمْنُوعُ بِالنَّصِّ:

فَهُوَ أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ[(٣)] رَهْنًا، عَلَى أَنَّهُ إِنْ جَاءَ بِحَقِّهِ عِنْدَ أَجَلِهِ، [أ/٣٠٦ظ] وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَهُ:

٢٣٢٤ **فَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ يُوجِبُ الْفَسْخَ[(٤)]، وَأَنَّهُ مَعْنَى قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ**»[(٥)].

الْقَوْلُ فِي الْجُزْءِ الثَّالِثِ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ:

وَهُوَ الْقَوْلُ فِي الْأَحْكَامِ.

---

(١) أخرجه البخاريُّ (٢٠٩٦).

(٢) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٣) من (م).

(٤) انظر: «المبسوط» (٢١/ ١١٤)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٣٥)، «الذخيرة» (٨/ ٧٥)، «الحاوي» (٦/ ٤)، «المهذب» (١/ ٣٠٥)، «المغني» (٦/ ٤٤٤)، «المحلى» (٨/ ٨٧).

(٥) أخرجه مالك (٢/ ٧٢٨)، وأبو داود في «المراسيل» (١٨٦)، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب به.
ووصله: ابن ماجه (٢٤٤١)، والدارقطني ٣/ ٣٣، بإسناد ضعيفٍ ـ عن الزُّهري، عن سعيد بن المسيّب، عن أبي هريرة، مرفوعًا.
وقد اختلف فيه على الزُّهري، في رفعه وإرساله.
ورجَّح الدارقطني في «العلل» (٩/ ١٦٤): الإرسال.
ومراسيل ابن المسيب حسنة في الجملة.
وقال الإمام مالك ـ في معناه ٢/ ٧٢٨: وتفسير ذلك فيما نرى، والله أعلم، أن يرهن الرجل الرهن بالشيء، وفي الرهن فضل عما ارتهن به، فيقول الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك، إلى أجل يسميه له، وإلا فالرهن لك بما فيه.
فهذا لا يصلح ولا يحل، وهذا الذي نهي عنه، وإن جاء صاحبه بما فيه بعد الأجل، فهو له.
وينظر: «التمهيد» ٦/ ٤٢٩.

وَهَذَا الْجُزْءُ يَنْقَسِمُ:

إِلَى مَعْرِفَةِ (مَا لِلرَّاهِنِ مِنَ الْحُقُوقِ فِي الرَّهْنِ وَمَا عَلَيْهِ.

وَإِلَى مَعْرِفَةِ مَا لِلْمُرْتَهِنِ فِي الرَّهْنِ وَمَا عَلَيْهِ.

وَإِلَى مَعْرِفَةِ)(١) اخْتِلَافِهِمَا فِي ذَلِكَ:

وَذَلِكَ إِمَّا مِنْ نَفْسِ الْعَقْدِ، وَإِمَّا لِأُمُورٍ طَارِئَةٍ عَلَى الرَّهْنِ.

وَنَحْنُ نَذْكُرُ مِنْ ذَلِكَ مَا اشْتَهَرَ الْخِلَافُ فِيهِ بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ وَالِاتِّفَاقُ.

وأَمَّا حَقُّ الْمُرْتَهِنِ فِي الرَّهْنِ:

فَهُوَ أَنْ يُمْسِكَهُ حَتَّى يُؤَدِّيَ الرَّاهِنُ مَا عَلَيْهِ.

فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ عِنْدَ الْأَجَلِ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْفَعَهُ إِلَى السُّلْطَانِ، فَيَبِيعَ عَلَيْهِ الرَّهْنَ وَيُنْصِفَهُ مِنْهُ إِنْ لَمْ يُجِبْهُ الرَّاهِنُ إِلَى الْبَيْعِ.

وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ غَائِبًا، وَإِنْ وَكَّلَ الرَّاهِنُ الْمُرْتَهِنَ عَلَى بَيْعِ الرَّهْنِ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ جَازَ.

وَكَرِهَهُ مَالِكٌ(٢) إِلَّا أَنْ يُرْفَعَ الْأَمْرُ [م/ ٢٣٢و] إِلَى السُّلْطَانِ.

وَالرَّهْنُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ(٣) يَتَعَلَّقُ بِجُمْلَةِ الْحَقِّ الْمَرْهُونِ فِيهِ وَبِبَعْضِهِ - أَعْنِي:

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) «الذخيرة» (٨/ ١٤٠)، «القوانين الفقهية» (ص٢١٣).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٥٢)، وفيه: «المرهون محبوس بجميع الدَّين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدَّين أو أقل، حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي ما بقي، قلَّ الباقي أو كثر». وينظر: «تبيين الحقائق» (٦/ ٨٩).
و«الكافي» (ص٤١٦)، وفيه: «وليس للراهن إذا قضي بعض الدَّين أن يأخذ بعض الرهن ولا شيئًا منه «لا بعد قضاء الحق كله إلا بإذن المرتهن».
وينظر: «الذخيرة» (٨/ ١٤٠)، «القوانين الفقهية» (ص٢١٣)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٤١).
و«المغني» (٦/ ٤٨١)، وفيه: «حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه فيصير محبوسًا بكل =

أَنَّهُ إِذَا رَهَنَهُ فِي عَدَدٍ مَا فَأَدَّى مِنْهُ بَعْضَهُ، فَإِنَّ الرَّهْنَ بِأَسْرِهِ يَبْقَى فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ.

وَقَالَ قَوْمٌ: بَلْ يَبْقَى مِنَ الرَّهْنِ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ بِقَدْرِ مَا يَبْقَى مِنَ الْحَقِّ.

وَحُجَّةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّهُ مَحْبُوسٌ (بِحَقٍّ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ مَحْبُوسًا)[١] بِكُلِّ جُزْءٍ مِنْهُ، أَصْلُهُ حَبْسُ التَّرِكَةِ عَلَى الْوَرَثَةِ حَتَّى يُؤَدُّوا الدَّيْنَ الَّذِي عَلَى الْمَيِّتِ.

وَحُجَّةُ الْفَرِيقِ الثَّانِي: أَنَّ جَمِيعَهُ مَحْبُوسٌ بِجَمِيعِهِ، فَوَجَبَ أَنْ تَكُونَ أَبْعَاضُهُ مَحْبُوسَةً بِأَبْعَاضِهِ، أَصْلُهُ الْكَفَالَةُ.

٢٣٢٥ وَمِنْ مَسَائِلِ هَذَا الْبَابِ الْمَشْهُورَةِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي نَمَاءِ [ب/٣٥٧ظ] الرَّهْنِ الْمُنْفَصِلِ، مِثْلُ الثَّمَرَةِ فِي الشَّجَرِ الْمَرْهُونِ، وَمِثْلُ الْغَلَّةِ، وَمِثْلُ الْوَلَدِ هَلْ يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ أَمْ لَا؟

فَذَهَبَ قَوْمٌ إِلَى أَنَّ نَمَاءَ الرَّهْنِ الْمُنْفَصِلِ لَا يَدْخُلُ شَيْءٌ مِنْهُ (فِي الرَّهْنِ)[٢] - أَعْنِي: الَّذِي يَحْدُثُ مِنْهُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ: الشَّافِعِيُّ[٣].

وَذَهَبَ آخَرُونَ إِلَى أَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ: أَبُو حَنِيفَةَ[٤]، وَالثَّوْرِيُّ[٥].

وَفَرَّقَ مَالِكٌ[٦] فَقَالَ: مَا كَانَ مِنْ نَمَاءِ الرَّهْنِ الْمُنْفَصِلِ عَلَى خِلْقَتِهِ

= الحق وبكل جزء منه، لا ينفك منه شيء حتى يقضي جميع الدين سواء كان مما يمكن قسمته أو لا يمكن».
وينظر: «الشرح الكبير» (٤/ ٤١٢).

(١) ما بين القوسين ليس في (م). (٢) من (م).

(٣) «الحاوي الكبير» (٦/ ٢٠٣)، «روضة الطالبين» (٤/ ١٠٢).

(٤) «بدائع الصنائع» (٦/ ١٥٢)، «الاختيار» (٢/ ٦٥ - ٦٦).

(٥) «الأوسط» (١٠/ ٥٤٣)، «المغني» (٤/ ٤٣٠).

(٦) «القوانين الفقهية» (ص٢٤٥)، «الدسوقي» (٣/ ٢٤٤ - ٢٤٥)، «جواهر الإكليل» (٢/ ٨١ - ٨٢).

وَصُورَتِهِ، فَإِنَّهُ دَاخِلٌ فِي الرَّهْنِ كَوَلَدِ الْجَارِيَةِ مَعَ الْجَارِيَةِ، وَأَمَّا مَا لَمْ يَكُنْ عَلَى خِلْقَتِهِ فَإِنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ، كَانَ مُتَوَلِّدًا عَنْهُ كَثَمَرِ النَّخْلِ، أَوْ غَيْرَ مُتَوَلِّدٍ كَكِرَاءِ الدَّارِ وَخَرَاجِ الْغُلَامِ.

وَعُمْدَةُ مَنْ رَأَى أَنَّ نَمَاءَ الرَّهْنِ وَغَلَّتَهُ لِلرَّاهِنِ: قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ ومَحْلُوبٌ**»(١).

قَالُوا: وَوَجْهُ الدَّلِيلِ مِنْ ذَلِكَ: أَنَّهُ لَمْ يَرِدْ [أ/٤٠٧و] بِقَوْلِهِ: «**مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ**»؛ يَرْكَبُهُ الرَّاهِنُ وَيَحْلِبُهُ؛ لِأَنَّهُ يَكُون(٢) غَيْرَ مَقْبُوضٍ، وَذَلِكَ مُنَاقِضٌ لِكَوْنِهِ رَهْنًا، فَإِنَّ الرَّهنَ مِنْ شَرْطِهِ الْقَبْضُ.

قَالُوا: وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ: أَنَّ الْمُرْتَهِنَ يَحْلِبُهُ وَيَرْكَبُهُ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَعْنَى فِي ذَلِكَ: أَنَّ أُجْرَةَ ظَهْرِهِ لِرَبِّهِ، وَنَفَقَتَهُ عَلَيْهِ.

وَاسْتَدَلُّوا أَيْضًا - بِعُمُومِ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»(٣).

قَالُوا: وَلِأَنَّهُ نَمَاءٌ زَائِدٌ عَلَى مَا رَضِيَهُ رَهْنًا، فَوَجَبَ (أَنْ لَا)(٤) يَكُونَ لَهُ إِلَّا بِشَرْطٍ زَائِدٍ.

وَعُمْدَةُ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْفُرُوعَ تَابِعَةٌ لِلْأُصُولِ فَوَجَبَ لَهَا حُكْمُ الْأَصْلِ؛ وَلِذَلِكَ حُكْمُ الْوَلَدِ تَابِعٌ لِحُكْمِ أُمِّهِ فِي (التَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ)(٥).

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَاحْتَجَّ بِأَنَّ الْوَلَدَ حُكْمُهُ حُكْمُ أُمِّهِ فِي الْبَيْعِ - أَيْ: هُوَ تَابِعٌ لَهَا - وَفَرَّقَ بَيْنَ الثَّمَرِ وَالْوَلَدِ فِي ذَلِكَ بِالسُّنَّةِ الْمُفَرِّقَةِ فِي ذَلِكَ.

وَذَلِكَ: أَنَّ الثَّمَرَ لَا يَتْبَعُ بَيْعَ الْأَصْلِ إِلَّا بِالشَّرْطِ، وَوَلَدُ الْجَارِيَةِ يَتْبَعُ بِغَيْرِ شَرْطٍ.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥١١) بلفظ: «الرهن يركب بنفقته، ويشرب لبن الدر إذا كان مرهونًا».

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «كان».

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في (أ): «أن»، وفي (ب): «إلا أن».

(٥) في (م): «الكفالة».

وَالْجُمْهُورُ(١) عَلَى أَنْ لَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِشَيْءٍ مِنَ الرَّهْنِ.

وَقَالَ قَوْمٌ: إِذَا كَانَ الرَّهْنُ حَيَوَانًا، فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْلِبَهُ وَيَرْكَبَهُ بِقَدْرِ مَا يَعْلِفُهُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ.

وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ(٢) وَإِسْحَاقَ(٣).

وَاحْتَجُّوا: بِمَا رَوَاهُ أَبُو هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَنَّهُ قَالَ: «**الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ**»(٤).

٢٣٢٦ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي الرَّهْنِ [ب/٣٥٨و] يَهْلِكُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ مِمَّنْ ضَمَانُهُ؟

فَقَالَ قَوْمٌ: الرَّهْنُ أَمَانَةٌ، وَهُوَ مِنَ الرَّاهِنِ(٥).

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ مَا فَرَّطَ فِيهِ وَمَا جَنَى عَلَيْهِ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ:

الشَّافِعِيُّ(٦)، وَأَحْمَدُ(٧)، وَأَبُو ثَوْرٍ وَجُمْهُورُ أَهْلِ الْحَدِيثِ(٨).

وَقَالَ قَوْمٌ: الرَّهْنُ مِنَ الْمُرْتَهِنِ، وَمُصِيبَتُهُ مِنْهُ(٩).

---

(١) انظر:
في الحنفية: «المبسوط»: (٢١/ ١٩٤)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٤٦).
وفي المالكية: «الذخيرة» (٨/ ٨٣)، «الاستذكار» (٧/ ١٣٦).
وفي الشافعية: «الأم» (٣/ ١٥٥)، «الحاوي» (٦/ ٢٠٣).
وفي الحنابلة: «المغني» (٦/ ٥٠٩).

(٢) «المبدع شرح المقنع» (٤/ ١٣٢).
(٣) «المغني» (٦/ ٥٠٩).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) «الإشراف على مذاهب العلماء» (٦/ ١٨٢).
(٦) «الحاوي» (٦/ ٢٠٣).
(٧) «الإنصاف» (٥/ ١٢٧).
(٨) «الإشراف على مذاهب العلماء» (٦/ ١٨٢).
(٩) «الإشراف» (٦/ ١٨٢).

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ:

أَبُو حَنِيفَةَ(١)، وَجُمْهُورُ الْكُوفِيِّينَ(٢).

[٢٣٣٦/أ] وَالَّذِينَ قَالُوا بِالضَّمَانِ انْقَسَمُوا قِسْمَيْنِ:

فَمِنْهُمْ مَنْ رَأَى أَنَّ الرَّهْنَ(٣) مَضْمُونٌ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ، أَوْ قِيمَةِ الدَّيْنِ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَسُفْيَانُ وَجَمَاعَةٌ(٤).

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: هُوَ مَضْمُونٌ بِقِيمَتِهِ قَلَّتْ أَوْ كَثُرَتْ، وَإِنَّهُ إِنْ فَضَلَ لِلرَّاهِنِ شَيْءٌ فَوْقَ دَيْنِهِ أَخَذَهُ مِنَ الْمُرْتَهِنِ.

وَبِهِ قَالَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ وَعَطَاءٌ وَإِسْحَاقُ(٥).

[٢٣٣٦/ب] وَفَرَّقَ قَوْمٌ بَيْنَ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنَ الرَّهْنِ ـ مِثْلُ الْحَيَوَانِ وَالْعَقَارِ ـ مِمَّا لَا يَخْفَى هَلَاكُهُ، وَبَيْنَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنَ الْعُرُوضِ، فَقَالُوا: هُوَ ضَامِنٌ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَمُؤْتَمَنٌ فِيمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ:

مَالِكٌ(٦)، وَالْأَوْزَاعِيُّ [م/٢٣٢ظ] وَعُثْمَانُ الْبَتِّيُّ(٧).

إِلَّا أَنَّ مَالِكًا [أ/٤٠٧ظ] يَقُولُ: إِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِهَلَاكِ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ تَضْيِيعٍ، وَلَا تَفْرِيطٍ، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ.

وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ وَعُثْمَانُ الْبَتِّيُّ(٨): بَلْ يَضْمَنُ عَلَى كُلِّ حَالٍ؛ قَامَتْ بَيِّنَةٌ أَوْ لَمْ تَقُمْ.

وَبِقَوْلِ مَالِكٍ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ(٩).

---

(١) «بدائع الصنائع» (٦/ ١٧٤).
(٢) «الإشراف» (٦/ ١٨٢).
(٣) في (ب): «المرتهن».
(٤) «الإشراف» (٦/ ١٨٥).
(٥) «الإشراف» (٦/ ١٨٥).
(٦) «القوانين الفقهية» (ص٢٤٥).
(٧) «الإشراف» (٦/ ١٨٥).
(٨) «الأوسط» (١٠/ ٥٢٩).
(٩) «المقدمات» (٢/ ٢٦٦).

وَبِقَوْلِ عُثْمَانَ، وَالْأَوْزَاعِيِّ: قَالَ أَشْهَبُ[١].

وَعُمْدَةُ مَنْ جَعَلَهُ أَمَانَةً غَيْرَ مَضْمُونٍ[٢]:

حَدِيثُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عن النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ، هُوَ مِمَّنْ رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»[٣] - أَيْ: لَهُ غَلَّتُهُ وَخَرَاجُهُ، وَعَلَيْهِ افْتِكَاكُهُ، وَمُصِيبَتُهُ مِنْهُ - قَالُوا: وَقَدْ رَضِيَ الرَّاهِنُ أَمَانَتَهُ فَأَشْبَهَ الْمُودَعَ عِنْدَهُ.

وَقَالَ الْمُزَنِيُّ - مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ[٤] - مُحْتَجًّا لَهُ: قَدْ قَالَ مَالِكٌ وَمَنْ تَابَعَهُ: إِنَّ الْحَيَوَانَ وَمَا ظَهَرَ هَلَاكُهُ أَمَانَةً، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ أمانة[٥].

وَمَعْنَى قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عِنْدَ مَالِكٍ.

وممَّنْ قَالَ بِقَوْلِهِ: «**وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»؛ أَيْ: نَفَقَتُهُ، قَالُوا: وَذَلِكَ مَعْنَى قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ**»؛ أَيْ: أُجْرَةُ ظَهْرِهِ لِرَبِّهِ، وَنَفَقَتُهُ [ب/٣٥٨ظ] عَلَيْهِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ: فَتَأَوَّلُوا قَوْلَهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»، أَنَّ غُنْمَهُ مَا فَضَلَ مِنْهُ عَلَى الدَّيْنِ، وَغُرْمَهُ مَا نَقَصَ.

وَعُمْدَةُ مَنْ رَأَى أَنَّهُ مَضْمُونٌ مِنَ الْمُرْتَهِنِ: أَنَّهُ عَيْنٌ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الِاسْتِيفَاءِ ابْتِدَاءً، فَوَجَبَ أَنْ يَسْقُطَ بِتَلَفِهِ.

أَصْلُهُ: تَلَفُ الْمَبِيعِ عِنْدَ الْبَائِعِ إِذَا أَمْسَكَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ.

وَهَذَا مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ مِنَ الْجُمْهُورِ، وَإِنْ كَانَ عِنْدَ مَالِكٍ كَالرَّهْنِ.

وَرُبَّمَا احْتَجُّوا بِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنَّ رَجُلًا رَهَنَ[٦] فَرَسًا مِنْ

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٢٦٦).

(٢) في المطبوع: «مضمونة».

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) «مختصر المزني» (ص١٥٤).

(٥) في المطبوع: «كذلك».
وزاد: «وَقَدْ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنَّ مَا زَادَ مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ عَلَى قِيمَةِ الدَّيْنِ فَهُوَ أَمَانَةٌ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ أَمَانَةً»..

(٦) في المطبوع: «ارتهن».

رَجُلٍ، فَنَفَقَ فِي يَدِهِ، فَقَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ لِلْمُرْتَهِنِ: «**ذَهَبَ حَقُّكَ**»(١).

وَأَمَّا تَفْرِيقُ مَالِكٍ بَيْنَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ وَبَيْنَ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ فَهُوَ اسْتِحْسَانٌ، وَمَعْنَى ذَلِكَ: أَنَّ التُّهْمَةَ تَلْحَقُ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَلَا تَلْحَقُ فِيمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ.

[٢٣٣٦/ج] وَقَدِ اخْتَلَفُوا فِي مَعْنَى الِاسْتِحْسَانِ، الَّذِي ذَهَبَ(٢) إِلَيْهِ مَالِكٌ ـ كَثِيرًا:

فَضَعَّفَهُ قَوْمٌ وَقَالُوا: إِنَّهُ مِثْلُ اسْتِحْسَانِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَحَدُّوا الِاسْتِحْسَانَ بِأَنَّهُ قَوْلٌ بِغَيْرِ دَلِيلٍ.

وَمَعْنَى الِاسْتِحْسَانِ عِنْدَ مَالِكٍ: هُوَ جَمْعٌ بَيْنَ الْأَدِلَّةِ الْمُتَعَارِضَةِ.

وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ فَلَيْسَ هُوَ قَوْلٌ بِغَيْرِ دَلِيلٍ.

[٢٣٣٦/د] وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلرَّاهِنِ بَيْعُ الرَّهْنِ، وَلَا هِبَتُهُ.

وَأَنَّهُ إِنْ بَاعَهُ: فَلِلْمُرْتَهِنِ الْإِجَازَةُ، أَوِ الْفَسْخُ.

قَالَ مَالِكٌ(٣): وَإِنْ زَعَمَ أَنَّ إِجَازَتَهُ لِيَتَعَجَّلَ حَقَّهُ، حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ، [أ/٤٠٨و] وَكَانَ لَهُ.

وَقَالَ قَوْمٌ: يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ غُلَامًا، أَوْ أَمَةً فَأَعْتَقَهَا الرَّاهِنُ:

فَعِنْدَ مَالِكٍ: أَنَّهُ إِنْ كَانَ الرَّاهِنُ مُوسِرًا جَازَ عِتْقُهُ وَعَجَّلَ لِلْمُرْتَهِنِ حَقَّهُ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا بِيعَتْ وَقُضِيَ الْحَقُّ مِنْ ثَمَنِهَا.

---

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (ص١٧٢، رقم: ١٨٨)، وابن أبي شيبة (٤/ ٥٢٤، رقم: ٢٢٧٨٥)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٠٢)، عن عبد الله بن مبارك؛ مرسلًا.

قال عبد الحق: هو مرسل وضعيف.

وقال ابن القطان: ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيفٌ، كثير الغلط، وإن كان صدوقًا. ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٣٢١).

(٢) في (م): «يذهب».

(٣) «المقدمات» (٢/ ٢٦٧).

وللشَّافِعِيِّ[١] **ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ**[٢]:

الرَّدُّ.

وَالْإِجَازَةُ.

وَالثَّالِثُ: مِثْلُ قَوْلِ مَالِكٍ.

[٢٣٢٦/هـ] وَأَمَّا اخْتِلَافُ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ فِي قَدْرِ الجزء الَّذِي بِهِ وَجَبَ الرَّهْنُ:

فَإِنَّ الْفُقَهَاءَ **اخْتَلَفُوا** فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٣]: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ فِيمَا ذَكَرَهُ مِنْ قَدْرِ الْحَقِّ مَا لَمْ تَكُنْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، فَمَا زَادَ عَلَى قِيمَةِ الرَّهْنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٤]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٥]، وَالثَّوْرِيُّ[٦]، [ب/٣٥٩و] وَجُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ[٧]: الْقَوْلُ فِي قَدْرِ الْحَقِّ قَوْلُ الرَّاهِنِ.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ الرَّاهِنَ مُدَّعًى عَلَيْهِ، وَالْمُرْتَهِنَ مُدَّعٍ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ[٨] الْيَمِينُ عَلَى الرَّاهِنِ؛ عَلَى ظَاهِرِ السُّنَّةِ[٩] الْمَشْهُورَةِ[١٠].

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ هَاهُنَا: أَنَّ الْمُرْتَهِنَ وَإِنْ كَانَ مُدَّعِيًا (عَلَى الرَّاهِنِ)[١١] فَلَهُ هَاهُنَا شُبْهَةٌ تنقل الْيَمِينِ إِلَى غيره[١٢]، وَهُوَ كَوْنُ الرَّهْنِ شَاهِدًا لَهُ.

وَمِنْ أُصُولِهِ: أَنَّ المرتهن يَحْلِفُ؛ لأنه أَقْوَى الْمُتَدَاعِيَيْنِ شُبْهَةً.

---

(١) في (م): «هو عند الشافعي».
(٢) «الحاوي» (٦/ ٣٥٣).
(٣) ينظر: «الكافي»، لابن عبد البر (ص٤١٣)، «شرح مختصر خليل» (٥/ ٢٦١).
(٤) «المهذب» (١/ ٣١٧).
(٥) «بدائع الصنائع» (٦/ ١٧٤).
(٦) «المغني» (٦/ ٥٢٥).
(٧) «المغني» (٦/ ٥٢٥).
(٨) في (أ): «تكون».
(٩) في (م): «المسألة».
(١٠) قال الإمام محمد بن الحسن التميمي الجوهري في «نوادر الفقهاء» (ص٢٨١، رقم: ٣٩١): «وأجمعوا أن القول في الدَّين ـ في مقداره ـ قول الراهن مع يمينه».
(١١) من (م).
(١٢) في (م): «حيزه».

وَهَذَا لَا يَلْزَمُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرْهَنُ الرَّاهِنُ الشَّيْءَ وَقِيمَتُهُ أَكْثَرُ مِنَ الْمَرْهُونِ فِيهِ.

[٢٣٣٦/و] وَأَمَّا إِذَا تَلِفَ الرَّهْنُ، وَاخْتَلَفُوا فِي [م/٢٣٣و] صِفَتِهِ:

فَالْقَوْلُ عِنْدَ مَالِكٍ[(١)] هَاهُنَا قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ مُدَّعًى عَلَيْهِ، وَهُوَ مُقِرٌّ بِبَعْضِ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ، وَهَذَا عَلَى أُصُولِهِ[(٢)]، فَإِنَّ الْمُرْتَهِنَ أَيْضًا هُوَ الضَّامِنُ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا عَلَى أُصُولِ الشَّافِعِيِّ[(٣)]، فَلَا يُتَصَوَّرُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ يَمِينٌ إِلَّا أَنْ يُنَاكِرَهُ الرَّاهِنُ فِي إِتْلَافِهِ[(٤)].

وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ[(٥)]، وَلَيْسَ يَحْتَاجُ إِلَى صِفَةٍ؛ لِأَنَّ عِنْدَ مَالِكٍ يَحْلِفُ عَلَى الصِّفَةِ، وتُقَوَّمُ تِلْكَ الصِّفَةِ.

[٢٣٣٦/ز] وَإِذَا **اخْتَلَفُوا** فِي الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا - أَعْنِي: فِي صِفَةِ الرَّهْنِ، وَفِي مِقْدَارِ الرَّهْنِ - كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُرْتَهِنِ فِي صِفَةِ الرَّهْنِ وَفِي الْحَقِّ مَا كَانَتْ قِيمَةُ الصِّفَةَ الَّتِي حَلَفَ عَلَيْهَا شَاهِدَةً لَهُ.

وَفِيهِ[(٦)] ضَعْفٌ.

[٢٣٣٦/ح] وَهَلْ يَشْهَدُ الْحَقُّ لِقِيمَةِ الرَّهْنِ إِذَا اتَّفَقَا فِي الْحَقِّ، وَاخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الرَّهْنِ؟

فِي الْمَذْهَبِ قَوْلَانِ[(٧)].

وَالْأَقْيَسُ الشَّهَادَةُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا شَهِدَ الرَّهْنُ لِلدَّيْنِ شَهِدَ الدَّيْنُ للرهن[(٨)].

وَفُرُوعُ هَذَا الْبَابِ كَثِيرَةٌ، وَفِيمَا ذَكَرْنَاهُ كِفَايَةٌ فِي غَرَضِنَا. [أ/٤٠٨ظ]

---

(١) «الذخيرة» (٨/ ١٠٨).
(٢) في (م): «أصله».
(٣) «روضة الطالبين» (٤/ ٩٦).
(٤) في (م): «تلفه».
(٥) «الاختيار» (٢/ ٦٨).
(٦) في (ب): «وفيها».
(٧) «الاستذكار» (٧/ ١٣٩)، «الكافي» (ص٤١٣)، «مواهب الجليل»، للحطاب (٦/ ٥٨٤).
(٨) في المطبوع: «للمرهون».

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ)(١)

كِتَابُ الْحَجْرِ(٢)

وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْكِتَابِ فِي ثَلَاثَةِ أَبْوَابٍ:

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَصْنَافِ الْمَحْجُورِينَ.

الثَّانِي: مَتَى يَخْرُجُونَ مِنَ الْحَجْرِ، وَمَتَى يُحْجَرُ عَلَيْهِمْ، وَبِأَيِّ شرطٍ يَخْرُجُونَ؟

الثَّالِثُ: فِي مَعْرِفَةِ أَحْكَامِ(٣) أَفْعَالِهِمْ فِي الرَّدِّ، وَالْإِجَازَةِ.

الْبَابُ الْأَوَّلُ:

٢٣٣٧ **أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى وُجُوبِ الْحَجْرِ عَلَى الْأَيْتَامِ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ(٤)؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى [ب/٣٥٩ظ]: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] الْآيَةَ.

٢٣٣٨ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْحَجْرِ عَلَى الْعُقَلَاءِ الْكِبَارِ، إِذَا ظَهَرَ مِنْهُمْ تَبْذِيرٌ لِأَمْوَالِهِمْ:

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) هو منع المالك من التصرف في ماله حفظًا له، قاله الماوردي في «الإقناع»: (ص١٠٤).

(٣) ليست في (م).

(٤) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٨)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (١/ ٤١٣)، والقرطبي في «تفسيره» (٥/ ٢٩).

فَذَهَبَ مَالِكٌ[(١)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٢)]، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ، وَكَثِيرٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ[(٣)] إِلَى جَوَازِ ابْتِدَاءِ الْحَجْرِ عَلَيْهِمْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ، وَذَلِكَ إِذَا ثَبَتَ عِنْدَهُ سَفَهُهُمْ، وَأَعْذَرَ إِلَيْهِمْ فَلَمْ يَكُنْ عِنْدَهُمْ مَدْفَعٌ، وَهُوَ رأي ابْن عَبَّاسٍ[(٤)]، وَابْن الزُّبَيْرِ[(٥)].

وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٦)]، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ[(٧)] إِلَى أنه لَا يُبْتَدَأُ الْحَجْرُ عَلَى الْكِبَارِ، وَهُوَ قَوْلُ إِبْرَاهِيمَ[(٨)(٩)]، وَابْنِ سِيرِينَ[(١٠)].

[.../٢٣٢٨] وَهَؤُلَاءِ انْقَسَمُوا قِسْمَيْنِ:

(أ) فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: الْحَجْرُ لَا يَجُوزُ عَلَيْهِمْ بَعْدَ الْبُلُوغِ بِحَالٍ، وَإِنْ ظَهَرَ مِنْهُمُ التَّبْذِيرُ.

---

(١) «الشرح الصغير» (٢/ ١٣٨ الصاوي)، «التاج والإكليل» (٥/ ٦٤)، «الخرشي» (٥/ ٢٩٤)، «الدسوقي» (٣/ ٢٩٢).

(٢) «الحاوي» (٦/ ٧٨١)، «المهذب» (٢/ ١٣٢)، «فتح العزيز» (١٠/ ٩٣)، «روضة الطالبين» (٤/ ١٨٢)، «تحفة المحتاج» (٥/ ١١٩).
وهو مذهب الحنابلة: «الكافي» (٢/ ١٠٦)، «الممتع» (٢/ ٦٩٥)، «الإنصاف» (١٣/ ٣٩٠)، «معونة أولي النهى» (٤/ ٥٧٧)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٢٩٤)، «كشاف القناع» (٣/ ٤٥٢).

(٣) «المغني» (٦/ ٦٠٩).

(٤) «المغني» (٦/ ٦٠٩).

(٥) «المغني» (٦/ ٦٠٩).
وفيه: عن عروة بن الزبير، أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعًا، فقال عليٌّ ﵁: لآتين عثمان ليحجر عليك، فأتى عبدُ الله بن جعفر الزبيرَ، فقال: قد ابتعت بيعًا، وإن عليًّا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر عليه، فقال الزبير: أنا شريكه في البيع؛ فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟
قال الموفق ابن قدامة: «قال أحمد: لم أسمع هذا إلا من أبي يوسف القاضي، وهذه قصةٌ يشتهر مثلها، ولم يخالفها أحد في عصرهم؛ فتكون إجماعًا».

(٦) «الأصل» (٨/ ٤٦٧)، «المبسوط» (٢٤/ ١٥٩)، «الهداية» (١١/ ٧٥ البناية)، «فتح القدير» (٧/ ٣١٤)، «الاختيار» (٢/ ١٠١)، «اللباب» (١/ ١٦٦)، «درر الحكام» (٧/ ٢٧٣).

(٧) «المغني» (٦/ ٦٠٩).

(٨) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ابن اسحاق».

(٩) «المغني» (٦/ ٦٠٩).

(١٠) «المغني» (٦/ ٦٠٩).

(ب) وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنِ اسْتَصْحَبُوا التَّبْذِيرَ مِنَ الصِّغَرِ اسْتَمَرَّ الْحَجْرُ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ ظَهَرَ مِنْهُمْ رُشْدٌ بَعْدَ الْبُلُوغِ، ثُمَّ ظَهَرَ مِنْهُمْ سَفَهٌ، فَهَؤُلَاءِ (لَا يُبْدَأُ)[(١)] بِالْحَجْرِ عَلَيْهِمْ.

وَأَبُو حَنِيفَةَ يَحُدُّ فِي ارْتِفَاعِ الْحَجْرِ، وَإِنْ ظَهَرَ سَفَهُهُ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ عَامًا[(٢)].

وَعُمْدَةُ مَنْ أَوْجَبَ عَلَى الْكِبَارِ ابْتِدَاءَ الْحَجْرِ: أَنَّ الْحَجْرَ عَلَى الصِّغَارِ إِنَّمَا وَجَبَ لِمَعْنَى التَّبْذِيرِ [م/٢٣٣ظ] الَّذِي يُوجَدُ فِيهِمْ غَالِبًا، فَوَجَبَ أَنْ يَجِبَ الْحَجْرُ عَلَى مَنْ وُجِدَ فِيهِ هَذَا الْمَعْنَى[(٣)]، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَغِيرًا.

قَالُوا: وَلِذَلِكَ اشْتَرَطَ فِي رَفْعِ الْحَجْرِ عَنْهُمْ مَعَ ارْتِفَاعِ الصِّغَرِ إِينَاسَ الرُّشْدِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦][(٤)].

فَدَلَّ هَذَا عَلَى أَنَّ السَّبَبَ الْمُقْتَضِيَ لِلْحَجْرِ هُوَ السَّفَهُ[(٥)].

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ: حَدِيثُ حَبَّانَ[(٦)] بْنِ مُنْقِذٍ: «إِذْ ذَكَرَ فِيهِ لِرَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ يُخْدَعُ فِي الْبُيُوعِ، فَجَعَلَ لَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ الْخِيَارَ ثَلَاثًا، وَلَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ»[(٧)].

وَرُبَّمَا قَالُوا: الصِّغَرُ هُوَ الْمُؤَثِّرُ فِي مَنْعِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ، [أ/٤٠٩و] بِدَلِيلِ تَأْثِيرِهِ فِي إِسْقَاطِ التَّكْلِيفِ، وَإِنَّمَا اعْتُبِرَ الصِّغَرُ؛ لِأَنَّهُ يُوجَدُ فِيهِ السَّفَهُ غَالِبًا، كَمَا يُوجَدُ فيه نَقْصُ الْعَقْلِ غَالِبًا؛ وَلِذَلِكَ جُعِلَ الْبُلُوغُ عَلَامَةَ وُجُوبِ التَّكْلِيفِ وَعَلَامَةَ الرُّشْدِ، إِذْ كَانَا فِيهِ يُوجَدَانِ غَالِبًا؛ أَعْنِي: الْعَقْلَ وَالرُّشْدَ.

---

(١) في (م): «يبتدأ». (٢) «المبسوط» (٢٤/ ١٦٠).

(٣) قارن بـ «المغني» (٦/ ٦٠٩ ـ ٦١٠).

(٤) قال ابن بطال في «شرح صحيح البخاري» (٦/ ٥٢٩): «فنهى تعالى عن دفع الأموال إلى السفهاء، وقال: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾، فجعل شرط دفع أموالهم إليهم وجود الرشد، وهذه الآية محكمة غير منسوخة، ومن كان مبذرًا لمالِه فهو غيرُ رشيدٍ».

(٥) مكانها بياض في (م).

(٦) بفتح الحاء باتفاق العلماء ـ كما في «تهذيب الأسماء»، للنووي: (١/ ٩٤).

(٧) أخرجه البخاري (٦٩٦٤)، ومسلم (١٥٣٣).

وَكَمَا لَمْ يُعْتَبَرِ النَّادِرُ فِي التَّكْلِيفِ ـ أَعْنِي: أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْبُلُوغِ عَاقِلًا فَيُكَلَّفُ؛ كَذَلِكَ لَمْ يُعْتَبَرِ النَّادِرُ فِي السَّفَهِ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْبُلُوغِ سَفِيهًا فَيُحْجَرُ عَلَيْهِ، كَمَا لَمْ يُعْتَبَرْ [ب/ ٣٦٠و] كَوْنُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ رَشِيدًا.

قَالُوا: وقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥] الْآيَةَ، لَيْسَ فِيهَا أَكْثَرُ مِنْ مَنْعِهِمْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ، وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ فَسْخَ بُيُوعِهِمْ وَإِبْطَالَهَا.

وَالْمَحْجُورُونَ عِنْدَ مَالِكٍ سِتَّةٌ: الصَّغِيرُ، وَالسَّفِيهُ، وَالْعَبْدُ، وَالْمُفْلِسُ، وَالْمَرِيضُ، وَالزَّوْجَةُ(١).

وَسَيَأْتِي ذِكْرُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي بَابِهِ.

الْبَابُ الثَّانِي:

وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْبَابِ فِي مَوْضِعَيْنِ:

فِي وَقْتِ خُرُوجِ الصِّغَارِ مِنَ الْحَجْرِ.

وخُرُوجِ السُّفَهَاءِ.

فَنَقُولُ: إِنَّ الصِّغَارَ بِالْجُمْلَةِ صِنْفَانِ:

ذُكُورٌ، وَإِنَاثٌ.

وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ: إِمَّا ذُو أَبٍ، وَإِمَّا ذُو وَصِيٍّ، (وَإِمَّا مُهْمَلٌ ـ وَهُمُ الَّذِينَ يَبْلُغُونَ)(٢) وَلَا وَصِيٌّ لَهُمْ وَلَا أَبٌ.

فَأَمَّا الذُّكُورُ الصِّغَارُ ذَوُو الْآبَاءِ:

٢٣٢٩ **فَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُمْ لَا يَخْرُجُونَ مِنَ الْحَجْرِ إِلَّا بِبُلُوغِ سِنِّ التَّكْلِيفِ وَإِينَاسِ الرُّشْدِ مِنْهُمْ(٣).

---

(١) «القوانين الفقهية» (ص٢١١).

(٢) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

(٣) لم نر قيد كون الصغير ذا أبٍ عند أحد من الفقهاء غير ابن رشد من المالكية، والمسألة عند غيره من المالكية مطلقة دون هذا القيد.

=

[٢٣٢٩/...] وَإِنْ كَانُوا[1] قَدِ اخْتَلَفُوا فِي الرُّشْدِ مَا هُوَ، وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

٢٣٣٠ وَاخْتَلَفُوا فِي الْإِنَاثِ:

فَذَهَبَ الْجُمْهُورُ[2] إِلَى أَنَّ حُكْمَهُنَّ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الذُّكُورِ ـ أَعْنِي: بُلُوغَ الْمَحِيضِ، وَإِينَاسَ الرُّشْدِ.

وَقَالَ مَالِكٌ: هِيَ فِي وِلَايَةِ أَبِيهَا ـ فِي الْمَشْهُورِ عَنْهُ ـ حَتَّى تَتَزَوَّجَ، وَيَدْخُلَ بِهَا زَوْجُهَا، وَيُؤْنَسَ رُشْدُهَا، وَرُوِيَ عَنْهُ مِثْلُ قَوْلِ الْجُمْهُورِ.

= انظر: «البهجة في شرح التحفة» (٢/ ٥١٠)، وفيه: «وَعِنْدَمَا يأْنَسُ رُشْدَ منْ حَجَرْ يُطْلِقُهُ ومالَه لَه يَذَرْ. (وعندما يأنس) يبصر الولي أبًا كان أو غيره. . . (رشد من حجر يطلقه)؛ أي: يجب عليه أن يطلقه من ثقاف الحجر (وماله له يذر) أي يترك له ماله ويدفعه إليه».

وكذا عند جمهور الفقهاء على أن الصبي إذا بلغ رشيدًا زال عنه الحجر؛ سواء أكان ذا أب أو ذا وصي:

الحنفية: «البدائع» (٧/ ١٧١)، وفيه: «أما الصبي فالذي يرفع الحجر عنه شيئان: **أحدهما**: إذن الولي إياه بالتجارة، **والثاني**: بلوغه، إلا أن الإذن بالتجارة يزيل الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع، وأما التصرفات الضارة المحضة فلا يزول الحجر عنها إلا بالبلوغ وهذا عندنا».

والشافعية: «أسنى المطالب» (٢/ ٢٠٨)، وفيه: «الإيناس هو العلم، والمراد بالحجر الجنس لا حجر الصبي؛ لانقطاعه بالبلوغ على ما مر، ويسمى من بلغ كذلك [أي: بلغ غير مصلح لماله ودينه] بالسفيه المهمل، وهو محجور عليه شرعًا وإن لم يحجر عليه حسًّا، فلو أصلحهما من بلغ؛ بأن بلغ مصلحًا لهما أو غير مصلح، ثم صار مصلحًا لهما انفك حجره ودفع إليه ماله» وانظر: «نهاية المحتاج» (٤/ ٣٦٥).

والحنابلة: «المحرر في الفقه» (١/ ٣٤٦)، وفيه: «إذا بلغ الصبي وعقل المجنون ورشد زال الحجر عنهما بغير قضاء»، وانظر: «الشرح الكبير» (٤/ ٥١٠).

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «كان».

(٢) «الأشراف» (٦/ ٢٤١).

[٢٣٣٠/أ] وَلِأَصْحَابِ مَالِكٍ فِي هَذَا أقاويل[١] غَيْرُ هَذِهِ:

قِيلَ: إِنَّهَا فِي وِلَايَةِ أَبِيهَا حَتَّى يَمُرَّ بِهَا سَنَةٌ بَعْدَ دُخُولِ زَوْجِهَا بِهَا[٢].

وَقِيلَ: حَتَّى يَمُرَّ بِهَا عَامَانِ[٣].

وَقِيلَ: حَتَّى يَمُرَّ بها سَبْعَةُ أَعْوَامٍ[٤].

وَحُجَّةُ مَالِكٍ: أَنَّ إِينَاسَ الرُّشْدِ لَا يُتَصَوَّرُ مِنَ الْمَرْأَةِ إِلَّا بَعْدَ اخْتِبَارِ الرِّجَالِ.

وَأَمَّا أَقَاوِيلُ أَصْحَابِهِ فَضَعِيفَةٌ مُخَالِفَةٌ لِلنَّصِّ [أ/٤٠٩ظ] وَالْقِيَاسِ.

أَمَّا مُخَالَفَتُهَا للنَّصِّ:

فَإِنَّهُمْ لَمْ يَشْتَرِطُوا الرُّشْدَ.

وَأَمَّا مُخَالَفَتُهَا لِلْقِيَاسِ:

فَلِأَنَّ الرُّشْدَ مُمْكِنٌ تَصَوُّرُهُ مِنْهَا قَبْلَ هَذِهِ الْمُدَّةِ الْمَحْدُودَةِ.

وَإِذَا قُلْنَا عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ ـ لَا عَلَى قَوْلِ الْجُمْهُورِ ـ إِنَّ الِاعْتِبَارَ فِي

---

(١) في (م): «أقوال».

(٢) وهو قول: وهو قول مطرف في الواضحة. «تحبير المختصر» (٤/ ١٦٥) فتكون أفعالها قبل العام مردودة ما لم يعلم رشدها، وبعده جائزة ما لم يعلم سفهها؛ قاله خليل في «التوضيح» (٦/ ٢٢٨).

(٣) وهو قول: ابن نافع. «تحبير المختصر» (٤/ ١٦٦).

(٤) نسب لابن القاسم. «تحبير المختصر» (٤/ ١٦٦) قال خليل في «التوضيح» (٦/ ٢٢٨): «وبه جرى العمل عند أهل قرطبة».

وقال ابن أبي زمنين: «الذي أدركت عليه الأشياخ أنَّها تخرج من ولايته بمضي ستة أعوام إلَّا أن يجدد الأب عليها سفهًا قبل ذلك، وحكى المازري قولًا بأن الحجر ينقطع عنها بالبلوغ والرشد فقط، وروى ابن غانم وابن زياد عن مالك أنَّها تخرج من ولاية أبيها بنفس البلوغ».

ابن رشد: «كما في الذكر».

«المقدمات الممهدات» (٢/ ٥٦).

الذُّكُورِ (ذَوِي الْآبَاءِ)[1] الْبُلُوغُ[2]، وَإِينَاسُ الرُّشْدِ:

[٢٣٣٠/ب] فَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ إِذَا بَلَغَ وَلَمْ يُعْلَمْ سَفَهُهُ مِنْ رُشْدِهِ، وَكَانَ مَجْهُولَ الْحَالِ:

فَقِيلَ عَنْهُ: إِنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى السَّفَهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ رُشْدُهُ[3]، وَهُوَ الْمَشْهُورُ.

وَقِيلَ عَنْهُ: إِنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى الرُّشْدِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ سَفَهُهُ[4].

٢٣٣١ فَأَمَّا ذَوُو الْأَوْصِيَاءِ:

فَلَا يَخْرُجُونَ مِنَ الْوِلَايَةِ فِي الْمَشْهُورِ عَنْ مَالِكٍ[5] إِلَّا بِإِطْلَاقِ [ب/ ٣٦٠ظ] وَصِيِّهِ لَهُ مِنَ الْحَجْرِ ـ أَيْ: بِقَوْلِهِ فِيهِ: إِنَّهُ رَشِيدٌ ـ إِنْ كَانَ مُقَدَّمًا مِنْ قِبَلِ الْأَبِ

---

(١) في (م): «دون الإناث». (٢) من (م).

(٣) «البيان والتحصيل» (١٣/ ٣٨٤)، «التوضيح»، لابن الحاجب (٦/ ٢٢٦).
قال ابن رشد الجد في «المقدمات» (٢/ ٣٤٩): «وهو نص رواية يحيى عن ابن القاسم في كتاب الصدقات والهبات، قال فيها: ليس الاحتلام بالذي يخرجه من ولاية أبيه حتى تعرف حاله ويشهد العدول على صلاح أمره ـ وهو ظاهر سائر الروايات عنه.
وعن مالك رحمه الله في المدونة وغيرها من ذلك ما وقع في المدونة في الكتاب الأول من النكاح، وفي كتاب الهبة والصدقة، وفي كتاب الجعل والإجارة».

(٤) «البيان والتحصيل» (١٣/ ٣٨٤)، «التوضيح» (٦/ ٢٢٦).
قال ابن رشد الجد في «المقدمات» (٢/ ٣٤٩): «ويخرج بالاحتلام من ولاية أبيه إذا لم يعرف سفهه ـ وإن لم يعرف رشده، روى ذلك زياد عن مالك وهو ظاهر ما وقع في أول كتاب النكاح من المدونة قوله: إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء، إلا أن يتأول إن أراد بنفسه لا بماله ـ كما تأول ابن أبي زيد ـ رحمه الله؛ واستحسن بعض الشيوخ ألا يخرج من ولاية أبيه حتى يمر به بعد الاحتلام العام ونحوه، وإلى هذا ذهب ابن العطار في وثائقه.
على أنه قد اضطرب في ذلك قوله ـ فذكر أنه لا يجوز للرجل تسفيه ابنه إلا أن يكون معلومًا بالسفه ولم يفرق بين قرب ولا بعد، وحكى غيره من الموثقين أن تسفيهه جائز وإن لم يعلم سفهه إذا كان بحرارة بلوغه قبل انقضاء عامين».

(٥) «المقدمات» (٢/ ٣٥٠).

(بِلَا خِلَافٍ[١]، أَوْ بِإِذْنِ الْقَاضِي مَعَ الْوَصِيِّ إِنْ كَانَ مُقَدَّمًا مِنْ غَيْرِ الْأَبِ)[٢] عَلَى اخْتِلَافٍ فِي ذَلِكَ.

وَقَدْ قِيلَ فِي وَصِيِّ الْأَبِ: إِنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي أَنَّهُ رَشِيدٌ إِلَّا حَتَّى[٣] يُعْلَم رُشْدُهُ[٤].

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ حَالَهُ مَعَ الْوَصِيِّ كَحَالِهِ مَعَ الْأَبِ [م/٢٣٤و] يُخْرِجُهُ مِنَ الْحَجْرِ إِذَا آنَسَ مِنْهُ الرُّشْدَ، وَإِنْ لَمْ يُخْرِجْهُ وَصِيُّهُ بِالْإِشْهَادِ، وَإِنَّ الْمَجْهُولَ الْحَالِ فِي هَذَا حُكْمُهُ حُكْمُ الْمَجْهُولِ الْحَالِ ذِي الْأَبِ.

وَأَمَّا ابْنُ الْقَاسِمِ[٥] فَمَذْهَبُهُ: أَنَّ الْوِلَايَةَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ ثُبُوتُهَا إِذَا عُلِمَ الرُّشْدُ، وَلَا سُقُوطُهَا إِذَا عُلِمَ السَّفَهُ، وَهِيَ رِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ[٦]، وَذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ فِي الْيَتِيمِ، لَا فِي الْبِكْرِ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَذْهَبَيْنِ:

أَنَّ مَنْ يَعْتَبِرُ الْوِلَايَةَ يَقُولُ أَفْعَالُهُ كُلُّهَا مَرْدُودَةٌ وَإِنْ ظَهَرَ رُشْدُهُ حَتَّى يَخْرُجَ مِنَ الْوِلَايَةِ.

---

(١) لم أقف على قيد (كون الصغير ذا وصي) عند أحدٍ من الفقهاء غير ابن رشد من المالكية.
بل المسألة عند غيره منهم مطلقة دون هذا القيد، وكذا عند جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة على أن الصبي إذا بلغ رشيدًا زال عنه الحجر؛ سواء أكان ذا أب أو ذا وصي، ولا يحتاج ذو الوصي إلى إطلاق وصيه، ولا ترشيدِه. وانظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٧١)، «البهجة في شرح التحفة» (٢/ ٥١٠)، «أسنى المطالب» (٢/ ٢٠٨)، «نهاية المحتاج» (٤/ ٣٦٥)، «المحرر في الفقه» (١/ ٣٤٦).

(٢) ما بين القوسين ليس في (م). (٣) في (م): «أن».

(٤) «المقدمات» (٢/ ٣٥٠).

(٥) «المقدمات» (٢/ ٣٥٠) قال ابن رشد الحفيد: «وقد روى ابن وهب عن مالك مثل قول ابن القاسم، وروى زُونَان عن ابن القاسم أن من ثبت عليه ولاية، فلا تجوز أفعاله حتى يطلق منها ـ وإن ظهر رشده مثل قول مالك وكبار أصحابه».

(٦) «المقدمات» (٢/ ٣٥٠).

وَهُوَ قَوْلٌ ضَعِيفٌ، فَإِنَّ الْمُؤَثِّرَ هُوَ الرُّشْدُ لَا حُكْمُ الْحَاكِمِ.

٢٣٣٢ وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي الرُّشْدِ مَا هُوَ؟

فَإِنَّ مَالِكًا[1]: يَرَى أَنَّ الرُّشْدَ هُوَ تَثْمِيرُ[2] الْمَالِ وَصلَاحُهُ فَقَطْ.

وَالشَّافِعِيُّ[3]: يَشْتَرِطُ[4] مَعَ هَذَا صَلَاحَ الدِّينِ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

---

(١) «الكافي» (٢/ ٨٣٤)، «التفريع» (٢/ ٢٥٦)، «المقدمات» (٢/ ٣٥٠)، «النوادر والزيادات» (١٠/ ٩٦)، «التبصرة» (١٢/ ٥٥٩٢).
ففي «مواهب الجليل» (٥/ ٦٤): «ولا يشترط في الرشيد أن يكون عدلًا. قال في «المتيطية»، في فصل الولايات والمحجور: وإذا كان اليتيم فاسقًا مبرزًا، وكان مع هذا ناظرًا في ماله، ضابطًا له، وجب إطلاقه من الولاية، وإن كان من أهل الدين والصلاح، ولم يكن ناظرًا في ماله لم يجب إطلاقه من الولاية». انتهى.
قال في «المدونة»: «وصفة من يحجر عليه من الأحرار: إن كان يبذر ماله سرفًا في لذاته من الشراب والفسق وغيره، ويسقط فيه سقوط من لم يعد المال شيئًا. وأما من أحرز المال وأنماه، وهو فاسق في حاله غير مبذر لماله فلا يحجر عليه». وانظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٥٩).
وهو مذهب الحنفية: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٧٠): «والرشد هو الاستقامة والاهتداء في حفظ المال وإصلاحه». وانظر: «أحكام القرآن»، للجصاص (٢/ ٩٣)، «كشف الأسرار» (٤/ ٣٦٩).
وهو مذهب الحنابلة: «الإنصاف» (٥/ ٣٢٢).

(٢) في (أ): «تميز».

(٣) «الأم» (٣/ ٢١٥)، «مختصر المزني» (ص١٠٥)، «الحاوي» (٦/ ٣٦٢)، «البيان» (٦/ ٢٢٤)، «المهذب» (٢/ ١٣٢)، «الإقناع» (ص١٠٤).
والمراد بالصلاح في الدين: أن لا يرتكب محرمًا يُسقِط العدالة، وفي المال ألا يبذر. «منهاج الطالبين» (ص٥٩).
وقيل: الرُّشْد: هو الصلاح في الدِّين خاصَّة. وهذا مذهب ابن حزم الظاهري. فقد انتصر لمذهبه هذا، وردّ كلَّ ما خالفه حيث قال في «المحلى» (٨/ ٢٨٦ ـ ٢٨٧): «إنَّه لا يعرف في كتاب ولا سنّة ولا في لغة العرب أنَّ الرُّشْد: الصلاح في المال».

(٤) في (م): «يرى».

هَلْ يَنْطَلِقُ اسْمُ الرُّشْدِ عَلَى غَيْرِ صَالِحِ الدِّينِ؟

وَحَالُ الْبِكْرِ مَعَ الْوَصِيِّ كَحَالِ الذَّكَرِ، لَا تَخرُجُ مِنَ الْوِلَايَةِ إِلَّا بِالْإِخْرَاجِ مَا لَمْ تَعْنَسْ عَلَى اخْتِلَافٍ فِي ذَلِكَ.

وَقِيلَ: حَالُهَا مَعَ الْوَصِيِّ كَحَالِهَا مَعَ الْأَبِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْمَاجِشُونِ(١).

[٢٣٣٢/أ] وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُمْ(٢) إِنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهَا الرُّشْدُ، كَاخْتِلَافِهِمْ فِي الْيَتِيمِ.

وَأَمَّا الْمُهْمِلُ مِنَ الذُّكُورِ:

فَإِنَّ الْمَشْهُورَ أَنَّ أَفْعَالَهُ جَائِزَةٌ إِذَا بَلَغَ الْحُلُمَ كَانَ سَفِيهًا مُتَّصِلَ السَّفَهِ، أَوْ غَيْرَ(٣) مُتَّصِلِ السَّفَهِ(٤)، ومُعْلِنًا [أ/٤١٠و] بِهِ أَوْ غَيْرَ مُعْلِنٍ(٥).

وَأَمَّا ابْنُ الْقَاسِمِ: فَيَعْتَبِرُ نَفْسَ فِعْلِهِ إِذَا وَقَعَ، فَإِنْ كَانَ رُشْدًا جَازَ، وَإِلَّا رَدَّهُ(٦).

[٢٣٣٢/ب] فَأَمَّا الْيَتِيمَةُ الَّتِي لَا أَبَ لَهَا وَلَا وَصِيَّ:

فَإِنَّ فِيهَا فِي الْمَذْهَبِ **قَوْلَيْنِ**(٧):

أَحَدُهُمَا: أَنَّ أَفْعَالَهَا جَائِزَةٌ إِذَا بَلَغَتِ الْمَحِيضَ.

وَالثَّانِي: أَفْعَالَهَا مَرْدُودَةٌ مَا لَمْ تَعْنَسْ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ(٨).

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٣٥٠).

(٢) «الإجماع»، لابن المنذر (١٠٣)، «الإقناع»، لابن هبيرة (/ ٨٣).

(٣) في (م): «ليس». (٤) من (أ).

(٥) «المقدمات» (٢/ ٣٥١). (٦) «المقدمات» (٢/ ٣٥١).

(٧) «المقدمات» (٢/ ٣٥٢)، «التوضيح» (٦/ ٢٣١) قال خليل: «وهو قول سَحنون في «العتبية»، وقول غير ابن القاسم في «المدونة»، ورواية زياد عن مالك».

(٨) «المقدمات» (٢/ ٣٥٠)، «التوضيح» (٦/ ٢٣١). قال خليل: «وهو مذهب «المدونة»؛ لأنّ فيها: لا يجوز حتى تعنس وتقعد عن المحيض، أو ما لم تتزوج ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة يُحمل أمرها فيها على الرشد، قيل: أقصاها العام ـ وهو قول ابن الماجشون، وإليه ذهب ابن العطار في وثائقه، وقيل: ثلاثة أعوام ونحوها، =

الْبَابُ الثَّالِثُ:

وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْبَابِ فِي شَيْئَيْنِ:

(١) أَحَدُهُمَا:

مَا يَجُوزُ لِصِنْفٍ صِنْفٍ مِنَ الْمَحْجُورِينَ مِنَ الْأَفْعَالِ، [ب/٣٦١و] وَإِذَا فَعَلُوا فَكَيْفَ[1] حُكْمُ أَفْعَالِهِمْ فِي الرَّدِّ وَالْإِجَازَةِ، وَكَذَلِكَ أَفْعَالُ الْمُهْمَلِينَ - وَهُمُ الَّذِينَ بَلَغُوا الْحُلُمَ مِنْ غَيْرِ أَبٍ وَلَا وَصِيٍّ - وَهَؤُلَاءِ كَمَا قُلْنَا: إِمَّا صِغَارٌ، وَإِمَّا كِبَارٌ مُتَّصِلُو الْحَجْرِ مِنَ الصِّغَرِ، وَإِمَّا مُبْتَدَأٌ حَجْرُهُمْ.

فَأَمَّا الصِّغَارُ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنَ الرِّجَالِ، وَالْمَحِيضَ مِنَ النِّسَاءِ:

٢٣٣٣ **فَلَا خِلَافَ** فِي الْمَذْهَبِ[2] فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ فِي مَالِهِ مَعْرُوفٌ: مِنْ هِبَةٍ، وَلَا صَدَقَةٍ، وَلَا عَطِيَّةٍ، وَلَا عِتْقٍ، وَإِنْ أَذِنَ فِي ذَلِكَ الْأَبُ أَوِ الْوَصِيُّ.

وَإِنْ أَخْرَجَ مِنْ يَدِهِ شَيْئًا بِغَيْرِ عِوَضٍ:

كَانَ مَوْقُوفًا عَلَى نَظَرِ وَلِيِّهِ إِنْ كَانَ لَهُ وَلِيٌّ، فَإِنْ رَآهُ رُشْدًا أَجَازَهُ، وَإِلَّا أَبْطَلَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلِيٌّ قُدِّمَ لَهُ وَلِيٌّ يَنْظُرُ فِي ذَلِكَ، وَإِنْ عَمِلَ فِي ذَلِكَ - حَتَّى يَلِيَ أَمْرَهُ - كَانَ النَّظَرُ إِلَيْهِ فِي الْإِجَازَةِ، أَوِ الرَّدِّ.

٢٣٣٤ **وَاخْتُلِفَ** إِذَا كَانَ فِعْلُهُ سَدَادًا، وَنَظَرًا مِمَّا كَانَ يَلْزَمُ الْوَلِيَّ أَنْ يَفْعَلَهُ: هَلْ لَهُ أَنْ يَنْقُضَهُ إِذَا آلَ الْأَمْرُ إِلَى خِلَافٍ بِحَوَالَةِ الْأَسْوَاقِ، أَوْ نَمَاءٍ فِيمَا بَاعَهُ، أَوْ نُقْصَانٍ فِيمَا ابْتَاعَهُ؟

= وقال ابن أبي زمنين: الذي أدركت عليه العمل: لا يجوز فعلها حتى تمر بها السنتان والثلاث».

(١) ليست في (ب)، وفي (أ): «ما».

(٢) «المقدمات» (٢/ ٣٤٦)، «التاج والإكليل» (٤/ ٢٠)، «منح الجليل» (٦/ ٩٠).
وقال الإمام الكاساني في «بدائع الصنائع» (٧/ ١٧١): «أما الصبي العاقل: فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف، ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالإجماع».

فَالْمَشْهُورُ[١] أَنَّ ذَلِكَ لَهُ.

وَقِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ لَهُ، وَيَلْزَمُ الصَّغِيرَ مَا أَفْسَدَ فِي مَالِهِ مِمَّا لَمْ يُؤْتَمَنْ عَلَيْهِ.

٢٣٣٥ **وَاخْتُلِفَ** فِيمَا أَفْسَدَ وَكَسَّرَ مِمَّا يُؤْتَمَنُ[٢] عَلَيْهِ، وَلَا يَلْزَمُهُ بَعْدَ بُلُوغِهِ ورُشْدِهِ عِتْقُ مَا حَلَفَ بِحُرِّيَّتِهِ فِي صِغَرِهِ وَحَنِثَ بِهِ فِي صِغَرِهِ[٣].

٢٣٣٦ **وَاخْتُلِفَ** فِيمَا حَنِثَ فِيهِ فِي كِبَرِهِ وَحَلَفَ بِهِ فِي صِغَرِهِ:

فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ[٤].

وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ[٥]: يَلْزَمُهُ، وَلَا يَلْزَمُهُ فِيمَا ادُّعِيَ عَلَيْهِ يَمِينٌ.

٢٣٣٧ **وَاخْتُلِفَ** إِذَا كَانَ لَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ: هَلْ يَحْلِفُ مَعَهُ؟

فَالْمَشْهُورُ: أَنَّهُ لَا يَحْلِفُ[٦]. وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ[٧]، وَاللَّيْثِ أَنَّهُ يَحْلِفُ.

وَحَالُ الْبِكْرِ ذَاتِ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ كَحال الذَّكَرِ مَا لَمْ تَعْنَسْ عَلَى مَذْهَبِ مَنْ يَعْتَبِرُ [أ/ ٤١٠ظ] تَعْنِيسَهَا[٨].

٢٣٣٨ فَأَمَّا السَّفِيهُ الْبَالِغُ:

فَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّ الْمَحْجُورَ[٩] إِذَا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ، أَوْ خَالَعَهَا مَضَى طَلَاقُهُ، وَخُلْعُهُ، إِلَّا ابْنَ أَبِي لَيْلَى، وَأَبَا يُوسُفَ[١٠].

وَخَالَفَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى فِي الْعِتْقِ فَقَالَ: إِنَّهُ يَنْفُذُ[١١].

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٣٤٦).
(٢) في (م): «اؤتمن».
(٣) «المقدمات» (٢/ ٣٤٧).
(٤) «المقدمات» (٢/ ٣٤٧)، «تحبير المختصر» (٤/ ١٦٣).
(٥) «المقدمات» (٢/ ٣٤٧)، «تحبير المختصر» (٤/ ١٦٣).
(٦) «المقدمات» (٢/ ٣٤٧).
(٧) «المقدمات» (٢/ ٣٤٧).
(٨) «المقدمات» (٢/ ٣٤٧).
(٩) في (م): «المجنون».
(١٠) «أحكام القرآن» (١/ ٦٦٨)، «بدائع الصنائع» (٧/ ١٦٩ ـ ١٧١)، «العناية شرح الهداية» (٩/ ٢٥٩).
(١١) «المغني» (٦/ ٦١٢).

وَقَالَ الْجُمْهُورُ: إِنَّهُ لَا يَنْفُذُ[1].

٢٣٣٩ وَأَمَّا وَصِيَّتُهُ:

فَلَا أَعْلَمُ خِلَافًا فِي نُفُوذِهَا، وَلَا تَلْزَمُهُ هِبَةٌ وَلَا صَدَقَةٌ وَلَا عَطِيَّةٌ وَلَا عِتْقٌ وَلَا شَيْءٌ مِنَ الْمَعْرُوفِ؛ إِلَّا أَنْ يُعْتِقَ أُمَّ وَلَدِهِ، فَيَلْزَمُهُ عِتْقُهَا، وَهَذَا كُلُّهُ فِي الْمَذْهَبِ[2].

[٢٣٣٩/أ] وَهَلْ يَتْبَعُهَا مَالُهَا؟

فِيهِ خِلَافٌ:

قِيلَ: يَتْبَعُ.

وَقِيلَ: لَا يَتْبَعُ.

وَقِيلَ: بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْقَلِيلِ [ب/ ٣٦١ظ] وَالْكَثِيرِ[3].

[٢٣٣٩/ب] وَأَمَّا مَا يَفْعَلُهُ بِعِوَضٍ:

فَهُوَ أَيْضًا مَوْقُوفٌ عَلَى نَظَرِ [م/ ٢٣٤ظ] وَلِيِّهِ إِنْ كَانَ لَهُ وَلِيٌّ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلِيٌّ قُدِّمَ لَهُ وَلِيٌّ، فَإِنْ رَدَّ بَيْعَهُ الْوَلِيُّ وَكَانَ قَدْ أَتْلَفَ الثَّمَنَ لَمْ يُتْبَعْ مِنْ ذَلِكَ بِشَيْءٍ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَتْلَفَ عَيْنَ الْمَبِيعِ.

[٢٣٣٩/ج] وَأَمَّا أَحْكَامُ أَفْعَالِ الْمَحْجُورِينَ، أَوِ الْمُهْمَلِينَ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ:

فَإِنَّهَا تَنْقَسِمُ إِلَى **أَرْبَعِ أَحْوَالٍ**[4]:

فَمِنْهُمْ مَنْ تَكُونُ أَفْعَالُهُ كُلُّهَا مَرْدُودَةً، وَإِنْ كَانَ فِيهَا مَا هُوَ رُشْدٌ.

---

(١) «العناية شرح الهداية» (٩/ ٢٥٩)، «القوانين الفقهية» (ص١٦٣)، «الدسوقي» (٣/ ٢٩٤)، «مواهب الجليل» (٤/ ٢٤٥)، «منح الجليل» (٦/ ٨٩)، «أسنى المطالب» (٢/ ٢٠٩)، «قليوبي وعميرة» (٢/ ٣٧٧، ٢٧٨)، «الفروع» (٤/ ٣١٨)، «مطالب أولي النهى (٣/ ١٠)، «المغني» (٦/ ٦١٢).

(٢) «المقدمات» (٢/ ٣٥٦). (٣) «المقدمات» (٢/ ٣٥٦).

(٤) «المقدمات» (٢/ ٣٥٢).

وَمِنْهُمْ ضِدُّ هَذَا، وَهُوَ أَنْ تَكُونَ أَفْعَالُهُ كُلُّهَا مَحْمُولَةً عَلَى الرُّشْدِ، وَإِنْ ظَهَرَ فِيهَا مَا هُوَ سَفَهٌ.

وَمِنْهُمْ مَنْ تَكُونُ أَفْعَالُهُ كُلُّهَا مَحْمُولَةً عَلَى السَّفَهِ مَا لَمْ يَتَبَيَّنْ رُشْدُهُ.

وَعَكْسُ هَذَا أَيْضًا، وهو أَنْ تَكُونَ أَفْعَالُهُ كُلُّهَا مَحْمُولَةً عَلَى الرُّشْدِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ سَفَهُهُ.

فَأَمَّا الَّذِي يُحْكَمُ لَهُ بِالسَّفَهِ، وَإِنْ ظَهَرَ رُشْدُهُ:

فَهُوَ الصَّغِيرُ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ، وَالْبِكْرُ ذَاتُ الْأَبِ أو الْوَصِيِّ، مَا لَمْ تَعْنَسْ عَلَى مَذْهَبِ مَنْ يَعْتَبِرُ التَّعْنِيسَ.

٢٣٤٠ **وَاخْتُلِفَ** فِي حَدِّهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا مِنْ دُونِ الثَّلَاثِينَ إِلَى السِّتِّينَ.

وَأما الَّذِي يُحْكَمُ لَهُ بِحُكْمِ الرُّشْدِ، وَإِنْ عُلِمَ سَفَهُهُ:

فَمِنْهَا(١):

السَّفِيهُ إِذَا لَمْ تَثْبُتْ عَلَيْهِ وِلَايَةٌ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ، وَلَا مِنْ قِبَلِ السُّلْطَانِ(٢) عَلَى مَشْهُورِ مَذْهَبِ مَالِكٍ، خِلَافًا لِابْنِ الْقَاسِمِ الَّذِي يَعْتَبِرُ نَفْسَ الرُّشْدِ لَا نَفْسَ الْوِلَايَةِ، وَالْبِكْرُ الْيَتِيمَةُ الْمُهْمَلَةُ عَلَى مَذْهَبِ سَحْنُونٍ(٣).

وَأَمَّا الَّذِي يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِحكم السَّفَهِ مَا لَمْ يَظْهَرْ رُشْدُهُ: فَالِابْنُ بَعْدَ بُلُوغِهِ فِي حَيَاةِ أَبِيهِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِي الْمَذْهَبِ، وَحَالُ الْبِكْرِ ذَاتِ الْأَبِ الَّتِي لَا وَصِيَّ لَهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ وَدَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا مَا لَمْ يَظْهَرْ [أ/ ٤١١و] رُشْدُهَا، وَمَا لَمْ تَبْلُغِ الْحَدَّ الْمُعْتَبَرَ فِي ذَلِكَ مِنَ السِّنِينَ عِنْدَ مَنْ يَعْتَبِرُ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الْيَتِيمَةُ الَّتِي لَا وَصِيَّ لَهَا عَلَى مَذْهَبِ مَنْ يَرَى أَنَّ أَفْعَالَهَا مَرْدُودَةٌ(٤).

وَأَمَّا الْحَالُ الَّتِي يُحْكَمُ فِيهَا بِحُكْمِ الرُّشْدِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ السَّفَهُ: فَمِنْهَا حَالُ

---

(١) في (أ): «فمنهم».
(٢) في (م): «سلطان».
(٣) تقدم توثيق هذه الآراء.
(٤) «المقدمات» (٢/ ٣٥٢).

الْبِكْرِ الْمُعَنِّسة عِنْدَ مَنْ يَعْتَبِرُ التَّعْنِيسَ، أَوِ الَّتِي دَخَلَ بِهَا زَوْجُهَا وَمَضَى[١] لِدُخُولِهِ الْحَدُّ الْمُعْتَبَرُ مِنَ السِّنِينَ عِنْدَ مَنْ يَعْتَبِرُ الْحَدَّ.

وَكَذَلِكَ حَالُ الِابْنِ ذِي الْأَبِ إِذَا بَلَغَ وَجُهِلَتْ حَالُهُ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ[٢].

وَالِابْنَةُ [ب/٣٦٢و] الْبِكْرُ بَعْدَ بُلُوغِهَا عَلَى الرِّوَايَةِ الَّتِي لَا يُعْتَبَرُ فِيهَا دُخُولَهَا مَعَ زَوْجِهَا.

فَهَذِهِ هِيَ جُمَلُ مَا فِي هذا الْكِتَابِ، وَالْفُرُوعُ كَثِيرَةٌ.

(تَمَّ بِحَمْدِ اللهِ)[٣].

❁ ❁ ❁

---

(١) في (م): «وقد مضى».

(٢) قارن بـ«المقدمات» (٢/ ٣٥٢).

(٣) من (م).

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ)[١]

كِتَابُ التَّفْلِيسِ[٢]

وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْكِتَابِ فِيمَا هُوَ الْفَلَسُ[٣]، وَفِي أَحْكَامِ الْمُفْلِسِ، فَنَقُولُ: إِنَّ الْإِفْلَاسَ فِي الشَّرْعِ يُطْلَقُ عَلَى مَعْنَيَيْنِ:

أَحَدُهُمَا:

أَنْ يَسْتَغْرِقَ الدَّيْنُ مَالَ الْمَدِينِ، فَلَا يَكُونُ فِي مَالِهِ وَفَاءٌ بِدُيُونِهِ.

وَالثَّانِي:

أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ مَالٌ مَعْلُومٌ أَصْلًا.

وَفِي كِلَا الْفَلَسَيْنِ قَدِ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي أَحْكَامِهِمَا.

فَأَمَّا **الْحَالَةُ الْأُولَى** - وَهِيَ إِذَا ظَهَرَ عِنْدَ الْحَاكِمِ مِنْ فَلَسِهِ مَا ذَكَرْنَا:

٢٣٤١ **فَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ** فِي ذَلِكَ، هَلْ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْجُرَ عَلَيْهِ التَّصَرُّفَ فِي مَالِهِ حَتَّى يَبِيعَهُ عَلَيْهِ وَيُقَسِّمَهُ عَلَى الْغُرَمَاءِ عَلَى نِسْبَةِ دُيُونِهِمْ، أَمْ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ بَلْ يَحْبِسُهُ حَتَّى يَدْفَعَ إِلَيْهِمْ جَمِيعَ مَالِهِ عَلَى أَيِّ نِسْبَةٍ اتَّفَقَتْ، أَوْ لِمَنِ اتَّفَقَ مِنْهُمْ؟

وَهَذَا الْخِلَافُ بِعَيْنِهِ يُتَصَوَّرُ فِيمَنْ كَانَ لَهُ مَالٌ يَفِي بِدَيْنِهِ، فَأَبَى أَنْ يُنْصِفَ غُرَمَاءَهُ، هَلْ يَبِيعُ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ فَيُقَسِّمُهُ عَلَيْهِمْ، أَمْ يَحْبِسُهُ حَتَّى يُعْطِيَهُمْ بِيَدِهِ مَا عَلَيْهِ؟

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٢) في اللغة: النداءُ على المُفلِسِ بِصفةِ الإفلاسِ. ينظر: «التدريب»، للبلقيني (٢/ ٨٦).
(٣) في (م): «المفلس».

فَالْجُمْهُورُ[(١)] يَقُولُونَ: يَبِيعُ الْحَاكِمُ مَالَهُ عَلَيْهِ، فَيُنْصِفُ مِنْهُ غُرَمَاءَهُ، أَوْ غَرِيمَهُ إِنْ كَانَ مَلِيًّا، أَوْ يَحْكُمُ عَلَيْهِ بِالْإِفْلَاسِ إِنْ لَمْ يَفِ مَالُهُ بِدُيُونِهِ وَيَحْجُرُ عَلَيْهِ التَّصَرُّفَ فِيهِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ومَالِكٌ.

وَبِالْقَوْلِ الْآخَرِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٢)]، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ.

وَحُجَّةُ مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ: «حَدِيثُ [م/ ٢٣٥و] مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ: أَنَّهُ كَثُرَ دَيْنُهُ [أ/ ٤١١ظ] فِي عَهْدِ[(٣)] رَسُولِ اللهِ ﷺ فَلَمْ يَزِدْ غُرَمَاءَهُ عَلَى أَنْ جَعَلَهُ لَهُمْ مِنْ مَالِهِ»[(٤)].

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٣١٥)، «الذخيرة» (٨/ ١٦٨)، «التاج والإكليل» (٥/ ٤٧)، «منح الجليل» (٦/ ٤٩)، «الأم» (٣/ ٢٠٧)، «الحاوي» (٦/ ٣٣٣)، «بحر المذهب» (٨/ ٣٧١)، «غاية المنتهى» (٣/ ٣٩٤)، «الأوسط» (١١/ ٥٧٣).

(٢) «الاختيار لتعليل المختار» (١/ ٢٦٩)، «شرح فتح القدير» (٨/ ٢٠٦).

(٣) في (م): «زمن».

(٤) الوارد في رواية الحديث: «. . .خلع لهم ماله»، أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٣٠ ـ ٢٣١)، والبيهقيُّ (٦/ ٤٨)، والعقيلي في «الضعفاء» (١/ ٦٨)، والحاكم (٢/ ٦٧)، والطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٤٣): من طريق أبي إسحاق إبراهيم بن معاوية بن الفرات الخزاعي، نا هشام بن يوسف قاضي اليمن، عن معمر، عن ابن شهاب، عن ابن كعب بن مالك، عن أبيه به.
وقال الطبراني: «لم يروه موصولًا عن معمر إلا هشام، تفرد به إبراهيم».
ذكره ابن حبان في «الثقات» وقال: «ربما خالف».
وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٤٣): «فيه إبراهيم بن معاوية الزِّيادي. وهو ضعيف».
قال الحاكم الحديث: صحيحٌ على شرطهما
وقال ابن عبد الهادي في «التنقيح» (٣/ ٢٥ ـ ٢٦): «وفي قوله نظرٌ، والمشهور في الحديث الإرسال».
وقال في «المحرر» (٢/ ٤٩٦): «الصحيح: أنَّه مرسل».
وقد اختلف في إسناده، أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٥١٧٧) ـ ومن طريقه: البيهقي (٦/ ٤٨) ـ أنا معمر، عن الزهري، عن عبد الرحمٰن بن كعب بن مالك به.
وأخرجه أبو داود في «المراسيل» (١٧٢)، والطبراني في «الكبير» (٢٠، رقم: ٤٤) من طريق عبد الرزاق أخبرنا معمر، عن الزهري، عن ابن كعب بن مالك به مرسلًا. =

وَحَدِيثُ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ: «أَنَّ رَجُلًا أُصِيبَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ فِي ثَمَرٍ ابْتَاعَهَا، فَكَثُرَ دَيْنُهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **(تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ، فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ.**

فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ)[١]: **خُذُوا مَا قَدِرْتُمْ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ**»[٢].

وَحَدِيثُ عُمَرَ فِي الْقَضَاءِ عَلَى الرَّجُلِ الْمُفْلِسِ فِي حَبْسِهِ.

وَقَوْلُهُ فِيهِ: «أَمَّا بَعْدُ، أَيُّهَا النَّاسُ، فَإِنَّ الْأُسَيْفِعَ[٣] ـ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ ـ رَضِيَ مِنْ دَيْنِهِ وَأَمَانَتِهِ بِأَنْ يُقَالَ: سَبَقَ الْحَاجَّ، وَإِنَّهُ ادَّانَ[٤] مُعْرِضًا[٥]، فَأَصْبَحَ قَدْ رِينَ[٦] عَلَيْهِ، فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا»[٧].

= وقال عبد الحق الإشبيلي في «الأحكام الوسطى» (٣/ ٢٨٦ ـ ٢٨٧): «كذا أسنده هشام بن يوسف، عن معمر، عن الزهري، عن ابن كعب بن مالك، عن أبيه، والمرسل أصح، لأن عبد الرزاق أرسله عن معمر، عن الزهري، عن ابن كعب أن معاذًا...».

وقال العقيلي في «الضعفاء» (٤/ ٦٨): «رواه عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن ابن كعب بن مالك. وقال الليث: عن يونس، عن ابن شهاب، عن ابن كعب بن مالك. وقال ابن وهب عن يونس، عن ابن شهاب، عن عبد الرحمٰن بن كعب بن مالك، أن معاذًا كثُر دَينه في عهد رسول الله ﷺ. وقال ابن ربيعة عن يزيد بن أبي حبيب وعمارة بن غزية، عن ابن شهاب، عن ابن كعب بن مالك: أن معاذًا ادّان وهو غلام شاب.

والقول ما قال يونس ومعمر». اهـ.

(١) ما بين القوسين من (م).

(٢) أخرجه مسلم (١٥٥٦).

(٣) بضم الهمزة، وفتح السين، وإسكان الياء، وكسر الفاء، تصغير أسفع، كذا قيده جماعات، قاله في «البدر المنير»: (٦/ ٦٦١).

(٤) بهمز الوصل وتشديد الدال، أي: استقرض. قال في «الاستذكار» (٧/ ٣٠٣): «ويروى: (قد دان)، و(قد أدان)، ويروى: بلا قد.

وأكثر الرواة يروونه: (قد دان معرضًا)، كما رواه يحيى بن القاسم وابن بكير وغيرهم».

(٥) أي: اشترى إلى أجل مسمى، ولم يهتم بقضائه.

(٦) أي: أحاط به الدين.

(٧) أخرجه مالك (٢/ ٧٧٠)، عن عمر بن عبد الرحمٰن بن دلاف المزني، عن أبيه، =

وَأَيْضًا، مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى: [ب/٣٦٢ظ] فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ الْمَرِيضُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ لِمَكَانِ وَرَثَتِهِ، فَأَحْرَى أَنْ يَكُونَ الْمَدِينُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ لِمَكَانِ الْغُرَمَاءِ، وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ الْأَظْهَرُ؛ لِأَنَّهُ أَعْدَلُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

وَأَمَّا حُجَجُ الْفَرِيقِ الثَّانِي الَّذِينَ قَالُوا بِالْحَبْسِ حَتَّى يُعْطِيَ مَا عَلَيْهِ أَوْ يَمُوتَ مَحْبُوسًا، فَيَبِيعُ الْقَاضِي حِينَئِذٍ مَالَهُ، وَيُقَسِّمُهُ عَلَى الْغُرَمَاءِ: **فَمِنْهَا**:

حَدِيثُ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ حِينَ اسْتُشْهِدَ أَبُوهُ بِأُحُدٍ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، فَلَمَّا طَالَبَهُ الْغُرَمَاءُ «قَالَ جَابِرٌ: فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَكَلَّمْتُهُ، فَسَأَلَهُمْ أَنْ يَقْبَلُوا مِنِّي(١) حَائِطِي، وَيُحَلِّلُوا(٢)، فَأَبَوْا، فَلَمْ يُعْطِهِمْ رَسُولُ اللهِ ﷺ حَائِطِي قَالَ: وَلَكِنْ سَأَغْدُو عَلَيْكَ، قَالَ: فَغَدَا عَلَيْنَا حِينَ أَصْبَحَ فَطَافَ بِالنَّخْلِ(٣) فَدَعَا فِي ثَمَرِهَا بِالْبَرَكَةِ، قَالَ: فَجَذَذْتُهَا فَقَضَيْتُ مِنْهَا حُقُوقَهُمْ، وَبَقِيَ مِنْ ثَمَرِهَا بَقِيَّةٌ»(٤).

= أنَّ رجلًا من جهينة كان يسبق الحاج فيشتري الرواحل. فيغلي بها. ثم يسرع السير فيسبق الحاج. فأفلس....

وهو منقطعٌ. ووصله الدارقطني في «العلل» (٢/ ١٤٨)، وقال: هو حديث يرويه عمر بن عبد الرحمٰن بن عطية بن دلاف، عن أبيه، عن بلال بن الحارث، عن عمر.

حدَّث به زهير بن معاوية عن عبيد الله كذلك. وتابعه عبدة بن سليمان، وأبو حمزة.

وخالفهم يحيى القطان: فرواه عن عبيد الله، عن عمر بن عبد الرحمٰن بن عطية، عن عمه، عن بلال بن الحارث.

ورواه زياد بن سعد، عن ابن دلاف ـ وهو عمر بن عبد الرحمٰن، عن أبيه، عن عمر. ولم يذكر بلالًا. وكذلك قال أبو بكر الهذلي، ومالك، وعبد الله العمري، عن ابن دلاف.

والقول قول زهير ومن تابعه، عن عبيد الله.

ورواه موسى بن عبيد، عن ابن دلاف مرسلًا، عن عمر».اهـ. ينظر: «التلخيص الحبير»: (٣/ ١٠٤).

(١) من (م).

(٢) من (م)، وزاد بعدها في المطبوع: «أبي».

(٣) في (أ): «في النخل»، وفي (م): «على النخل».

(٤) أخرجه البخاري (٢٣٩٥).

وَبِمَا[١] رُوِيَ أَيْضًا:

أَنَّهُ مَاتَ أُسَيْدُ بْنُ الْحُضَيْرِ، وَعَلَيْهِ عَشَرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ، فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ غُرَمَاءَهُ، فَقَبَّلَهُمْ أَرْضَهُ أَرْبَعَ سِنِينَ مِمَّا[٢] لَهُمْ عَلَيْهِ[٣].

قَالُوا: فَهَذِهِ الْآثَارُ كُلُّهَا لَيْسَ فِيهَا أَنَّهُ بِيعَ أَصْلٌ فِي دَيْنٍ.

قَالُوا: ويَدُلُّ عَلَى حَبْسِهِ قَوْلُهُ ﷺ: **«لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ، وَعُقُوبَتَهُ[٤]»**[٥].

---

(١) في (أ): «وربما». (٢) في (م): «بما».

(٣) أخرجه ابن عساكر في «تاريخ دمشق» (٩/ ٩٤).
وأخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ٤٠٠). بلفظ: «أربع سنين».

(٤) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٠/ ٢٧٢): «فمعنى قوله: «يحل عرضه»؛ أي: يحل من القول فيه ما لم يكن يحل لولا مطله وليِّه.
ومعنى «وعقوبته»: قالوا: السجن حتى يؤدي أو يثبت عسرته، فيجب حينئذٍ نَظْره».

(٥) أخرجَهُ أبو داود (٣٦٢٨)، والنسائيُّ (٧/ ٣١٦ ـ ٣١٧)، وابن ماجه (٢٤٢٧)، وأحمد (٤/ ٣٨٩)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (١/ ٤١٣)، والحاكم (٤/ ١٠٢)، والبيهقيُّ (٦/ ٥١)، وابن حبَّان في «الإحسان» (٥٠٦٦)، والطبراني في «الكبير» (٧، رقم: ٧٢٥٠)، كلهم من طريق وبر بن أبي دليلة الطائفي، حدَّثنا محمَّد بن ميمون بن مسيكة ـ وأثنى عليه خيرًا، عن عمرو بن الشريد، عن أبيه مرفوعًا.
ومحمَّد بن عبد الله بن ميمون بن مسيكة ترجم له الحافظ ابن حجر في «التقريب» بقوله: «مقبول».
وذكر الذهبي في «الميزان» (٦/ ٢٠٦) أنَّه لم يرو عنه غير وبْر بن أبي دليلة فقط.
وقال ابن القطان في كتابه «بيان الوهم والإيهام» (٤/ ٥٠٠): «ابن أبي دليلة ثقة، ومحمد بن ميمون بن مسيكة لا يعرف من حاله شيء، ولا ذكر ممن روى عنه غير ابن أبي دليلة، ولا ممن روى عنه غير عمرو بن الشريد».
وقال الحافظ ابن كثير في «تحفة الطالب» (١/ ٣٦٣): «هذا إسناد جيد».
وقد علقه البخاري قال: «ويذكر عن النبي ﷺ: **«ليُّ الواجدِ يُحِلُّ عقوبتَه وعِرْضَه»**.
وقال الحافظ ابن حجر في «الفتح» (٥/ ٦٢): والحديث المذكور، وصله أحمد وإسحاق في «مسنديهما»، وأبو داود والنسائيُّ، من حديث عمرو بن الشريد بن أوس الثقفي، عن أبيه بلفظه، وإسناده حسن، وذكر الطبراني: أنَّه لا يروى بغير هذا الإسناد».
وقال في «تغليق التعليق» (٣/ ٣١٩): هو إسناد حسن».

قَالُوا: والْعُقُوبَةُ هِيَ حَبْسُهُ.

وَرُبَّمَا شَبَّهُوا اسْتِحْقَاقَ أُصُولِ الْعَقَارِ عَلَيْهِ بِاسْتِحْقَاقِ إِجَارَتِهِ.

وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْمُفْلِسَ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ، فَالنَّظَرُ فِي مَاذَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ؟ وَبِأَيِّ دُيُونٍ[1] تَكُونُ الْمُحَاصَّةُ فِي مَالِهِ؟

وَفِي أَيِّ شَيْءٍ [أ/ ٤١٢و] مِنْ مَالِهِ تَكُونُ الْمُحَاصَّةُ؟ وَكَيْفَ تَكُونُ؟

فَأَمَّا الْمُفْلِسُ:

فَلَهُ حَالَانِ:

(١) حَالٌ فِي وَقْتِ الْفَلَسِ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ.

(٢) وَحَالٌ بَعْدَ الْحَجْرِ.

فَأَمَّا قَبْلَ الْحَجْرِ:

فَلَا يَجُوزُ لَهُ إِتْلَافُ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ عِنْدَ مَالِكٍ بِغَيْرِ عِوَضٍ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَلْزَمُهُ، وَمِمَّا لَا تَجْرِي الْعَادَةُ بِفِعْلِهِ.

وَإِنَّمَا اشْتَرَطَ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَلْزَمُهُ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَفْعَلَ مَا يَلْزَمُ بِالشَّرْعِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِعِوَضٍ، كَنَفَقَتِهِ عَلَى الْآبَاءِ الْمُعْسِرِينَ، أَوِ الْأَبْنَاءِ.

وَإِنَّمَا قِيلَ مِمَّا لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِفِعْلِهِ؛ لِأَنَّ لَهُ إِتْلَافَ الْيَسِيرِ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ كَالْأُضْحِيَّةِ، وَالنَّفَقَةِ فِي الْعِيدِ، وَالصَّدَقَةِ الْيَسِيرَةِ، وَكَذَلِكَ تُرَاعَى الْعَادَةُ فِي إِنْفَاقِهِ فِي عِوَضٍ كَالتَّزَوُّجِ، وَالنَّفَقَةِ عَلَى الزَّوْجَةِ.

وَيَجُوزُ بَيْعُهُ، وَابْتِيَاعُهُ مَا لَمْ تَكُنْ فِيهِ مُحَابَاةٌ، وَكَذَلِكَ[2] يَجُوزُ إِقْرَارُهُ بِالدَّيْنِ لِمَنْ لَا يُتَّهَمُ عَلَيْهِ.

٢٣٤٢ **وَاخْتَلَفَ** [ب/ ٣٦٣و] قَوْلُ مَالِكٍ فِي قَضَاءِ بَعْضِ غُرَمَائِهِ دُونَ بَعْضٍ وَفِي رَهْنِهِ[3].

---

(١) في (م): «دين».

(٢) في (ب): «ولذلك».

(٣) «المقدمات» (٢/ ٣٢٠)، «مواهب الجليل» (٨/ ٤٤).

=

وَأَمَّا جُمْهُورُ[١] مَنْ قَالَ بِالْحَجْرِ عَلَى الْمُفْلِسِ، فَقَالُوا: هُوَ قَبْلَ الْحُكْمِ كَسَائِرِ النَّاسِ.

وَإِنَّمَا ذَهَبَ الْجُمْهُورُ لِهَذَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ جَوَازُ الْأَفْعَالِ حَتَّى يَقَعَ الْحَجْرُ، وَمَالِكٌ كَأَنَّهُ اعْتَبَرَ الْمَعْنَى نَفْسَهُ، وَهُوَ إِحَاطَةُ الدَّيْنِ بِمَالِهِ، لَكِنْ لَمْ يَعْتَبِرْهُ فِي كُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ عنده[٢] بَيْعُهُ، وَشِرَاؤُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ مُحَابَاةٌ، وَلَا يجوز لِلْمَحْجُورِ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا حَالُهُ بَعْدَ التَّفْلِيسِ:

فَلَا يَجُوزُ لَهُ فِيهَا عِنْدَ مَالِكٍ بَيْعٌ وَلَا شِرَاءٌ، وَلَا أَخْذٌ وَلَا عَطَاءٌ.

وَلَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ بِدَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ (لِقَرِيبٍ وَلَا بَعِيدٍ)[٣].

قِيلَ: إِلَّا أَلا تَكُونَ[٤] لِوَاحِدٍ [م/ ٢٣٥ظ] مِنْهُمْ بَيِّنَةٌ.

وَقِيلَ: يَجُوزُ (لِمَنْ يُعْلَمُ مِنْهُ إِلَيْهِ تَقَاضٍ)[٥].

٢٣٤٣ **وَاخْتُلِفَ** فِي إِقْرَارِهِ بِمَالٍ مُعَيَّنٍ مِثْلِ الْقِرَاضِ، وَالْوَدِيعَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ فِي الْمَذْهَبِ[٦]:

(١) بِالْجَوَازِ.

(٢) وَالْمَنْعِ.

= فقال مرة: ذاك جائز له، وقال مرة: لا يجوز ويدخل عليه في ذلك جميع الغرماء؛ وقد قيل: إنه يجوز قضاؤه ولا يجوز رهنه ـ وهو قائم من المدونة بدليل؛ وهذا إذا قضى أو رهن من لا يتهم عليه. قاله ابن رشد الجد في «المقدمات» (٢/ ٣٢٠).

(١) «الهداية» (٣/ ١٩٠)، «بدائع الصنائع» (١٠/ ٤٩٢)، «المهذب» (٢/ ٣٤٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٤٠)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٦٩)، «الإشراف» (٦/ ٢٥٠ ـ ٢٥١)، «الأوسط» (١١/ ٤٤ ـ ٤٥)، «المغني» (٧/ ٣٣١)، «فتح الباري» (٧/ ٢٨٤).

(٢) ليست في (م).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ولا بعهد».

(٤) في (م): «أن يكون».

(٥) ما بين القوسين مكانها بياض في (م).

(٦) «المقدمات» (٢/ ٣٢١).

(٣) **وَالثَّالِثُ**: بِالْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ عَلَى أَصْلِ الْقِرَاضِ، أَوِ الْوَدِيعَةِ بِبَيِّنَةٍ، أَوْ لَا يَكُونُ، فَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ صَدَّقَ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَمْ يُصَدِّقْ.

٢٣٤٤ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي دُيُونِ الْمُفْلِسِ الْمُؤَجَّلَةِ؛ هَلْ تَحِلُّ بِالتَّفْلِيسِ أَمْ لَا؟

فَذَهَبَ مَالِكٌ[١] إِلَى أَنَّ التَّفْلِيسَ فِي ذَلِكَ كَالْمَوْتِ.

وَذَهَبَ غَيْرُهُ [أ/ ٤١٢ظ] إِلَى خِلَافِ ذَلِكَ.

وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ أَنَّ الدُّيُونَ تَحِلُّ بِالْمَوْتِ[٢].

وقَالَ ابْنُ شِهَابٍ: مَضَتِ السُّنَّةُ بِأَنَّ دَيْنَهُ قَدْ حَلَّ حِينَ مَاتَ[٣].

وَحُجَّتُهُمْ:

أَنَّ اللهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَمْ يُبِحِ التَّوَارُثَ (إِلَّا بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ، فَالْوَرَثَةُ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَحَدِ أَمْرَيْنِ:

إِمَّا أَنْ لَا يُرِيدُوا أَنْ يُؤَخِّرُوا حُقُوقَهُمْ فِي الْمَوَارِيثِ)[٤] إِلَى مَحِلِّ أَجَلِ الدَّيْنِ فَيَلْزَمُ[٥] أَنْ يَجْعَلَ الدَّيْنَ حَالًّا.

وَإِمَّا أَنْ يَرْضَوْا بِتَأْخِيرِ مِيرَاثِهِمْ حَتَّى تَحِلَّ الدُّيُونُ، فَتَكُونَ الدُّيُونُ حِينَئِذٍ مَضْمُونَةً فِي التَّرِكَةِ خَاصَّةً لَا فِي ذِمَمِهِمْ، بِخِلَافِ مَا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ[٦] الدَّيْن قَبْلَ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ، وَذَلِكَ يَحْسُنُ فِي حَقِّ ذِي الدَّيْنِ.

وَلِذَلِكَ رَأَى بَعْضُهُمْ أَنَّهُ إِنْ رَضِيَ[٧] الْغُرَمَاءُ بِتَحَمُّلِهِ فِي ذِمَمِهِمْ أُبْقِيَتِ الدُّيُونُ إِلَى أَجَلِهَا.

---

(١) «المدونة» (١٣/ ٢٣٦).

(٢) «الاستذكار» (٢١/ ٣٤ ـ ٣٥)، «الاختيار» (١/ ٢٦٩)، «المهذب» (١/ ٣٢٧)، «المغني» (٦/ ٥٩٠).

(٣) «المدونة» (١٣/ ٢٣٦).

(٤) ما بين القوسين ليس في (م).

(٥) في (م): «فلزم».

(٦) ليست في (م).

(٧) في (م): «رأى».

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ: ابْنُ سِيرِينَ(١)، وَاخْتَارَهُ أَبُو عُبَيْدٍ(٢) مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ.

ولَكِنْ لَا يُشْبِهُ الْفَلَسُ فِي هَذَا الْمَعْنَى للْمَوْتِ كُلَّ الشَّبَهِ، وَإِنْ كَانَتْ كِلا الذِّمَّتَيْنِ قَدْ خَرجَتْ، لأنَّ ذِمَّةَ الْمُفلِسِ يُرْجَى لَهَا الْمَالُ، بِخِلَافِ ذِمَّةِ الْمَيِّتِ.

وَأَمَّا النَّظَرُ فِيمَا يَرْجِعُ بِهِ أَصْحَابُ الدُّيُونِ مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ:

فَإِنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ [ب/ ٣٦٣ظ] إِلَى الْجِنْسِ، وَالْقَدْرِ.

وأَمَّا مَا كَانَ قَدْ ذَهَبَ عَيْنُ الْعِوَضِ الَّذِي اسْتَوْجَبَ مِنْ قِبَلِهِ الْغَرِيمُ عَلَى الْمُفلِسِ فَإِنَّ دَيْنَهُ فِي ذِمَّةِ الْمُفْلِسِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ عَيْنُ الْعِوَضِ قَائِمًا بِعَيْنِهِ لَمْ يَفُتْ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ ثَمَنَهُ:

٢٣٤٥ فَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْوَالٍ:

الْأَوَّلُ:

أَنَّ صَاحِبَ السِّلْعَةِ أَحَقُّ بِهَا عَلَى كُلِّ حَالٍ إِلَّا أَنْ يَتْرُكَهَا، وَيَخْتَارَ الْمُحَاصَّةَ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(٣)، وَأَحْمَدُ(٤)، وَأَبُو ثَوْرٍ(٥).

وَالْقَوْلُ الثَّانِي:

يُنْظَرُ إِلَى قِيمَةِ السِّلْعَةِ يَوْمَ الْحُكْمِ بِالتَّفْلِيسِ، فَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ خُيِّرَ صَاحِبُ السِّلْعَةِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهَا، أَوْ يُحَاصَّ الْغُرَمَاءَ، وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ أو مُسَاوِيَةً لِلثَّمَنِ أَخَذَهَا بِعَيْنِهَا (إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْغُرَمَاءُ أَنْ يُعْطُوهُ ثَمَنَهَا الَّذِي بَاعَهَا بِهِ، فَذَلِكَ لَهُمْ)(٦)، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ(٧)، وَأَصْحَابُهُ.

---

(١) «المغني» (٦/ ٥٩٤). (٢) «المغني» (٦/ ٥٩٤).

(٣) «الحاوي» (٦/ ٥٨٣). (٤) «الإنصاف» (١٣/ ٣٠٥).

(٥) «الأوسط» (١١/ ٢٦)، «الاستذكار» (٢١/ ٣٥).

(٦) ما بين القوسين من (م).

(٧) «الاستذكار» (٢١/ ٣٥)، «الشرح الصغير» (٢/ ٢٩٣)، «الدسوقي» (٣/ ٢٨٢).

الْقَوْلُ الثَّالِثُ:

تُقَوَّمُ السِّلْعَةُ يوم التَّفْلِيسِ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا مُسَاوِيَةً لِلثَّمَنِ، أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ قُضِيَ لَهُ بِهَا - أَعْنِي: لِلْبَائِعِ - وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ دُفِعَ إِلَيْهِ مِقْدَارُ ثَمَنِهِ، وَيَتَحَاصُّونَ[1] فِي الْبَاقِي، وَبِهَذَا الْقَوْلِ قَالَ جَمَاعَةٌ مِنْ [أ/٤١٣و] أَهْلِ الْأَثَرِ[2].

وَالْقَوْلُ الرَّابِعُ:

أَنَّهُ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ فِيهَا عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ[3]، وَأَهْلِ الْكُوفَةِ[4].

وَالْأَصْلُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ:

مَا ثَبَتَ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ الرَّجُلُ مَالَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ**».

وَهَذَا الْحَدِيثُ[5] خَرَّجَهُ مَالِكٌ[6]، وَالْبُخَارِيُّ[7]، وَمُسْلِمٌ[8]، وَأَلْفَاظُهُمْ مُتَقَارِبَةٌ، وَهَذَا اللَّفْظُ لِمَالِكٍ.

فَمِنْ هَؤُلَاءِ مَنْ حَمَلَهُ عَلَى عُمُومِهِ وَهُوَ الْفَرِيقُ الْأَوَّلُ.

وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّصَهُ بِالْقِيَاسِ، وَقَالُوا: (إِنَّ مَعْقُولَهُ)[9] إِنَّمَا هُوَ الرِّفْقُ بِصَاحِبِ السِّلْعَةِ لِكَوْنِ[10] سِلْعَتِهِ بَاقِيَةٌ، وَأَكْثَرُ مَا فِي ذَلِكَ أَنْ يَأْخُذَ الثَّمَنَ الَّذِي بَاعَهَا بِهِ.

فَأَمَّا أَنْ يُعْطِيَ فِي هَذِهِ الْحَالِ الَّذِي اشْتَرَكَ فِيهَا مَعَ الْغُرَمَاءِ أَكْثَرَ مِنْ

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ويتحاصوا».
(٢) «الأوسط» (١١/ ٢٦)، «الاستذكار» (٢١/ ٣٥).
(٣) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٥٢).
(٤) «الأوسط» (١١/ ٢٦)، «الاستذكار» (٢١/ ٣٥).
(٥) في (م): «اللفظ».
(٦) (ص٢٧٧).
(٧) (برقم: ٢٤٠٢).
(٨) (برقم: ١٥٥٩).
(٩) من (م).
(١٠) في (م): «لتكون».

ثَمَنِهَا، فَذَلِكَ مُخَالِفٌ لِأُصُولِ الشَّرْعِ، وَبِخَاصَّةٍ إِذَا كَانَ لِلْغُرَمَاءِ أَخْذُهَا بِالثَّمَنِ كَمَا قَالَ مَالِكٌ.

وَأَمَّا أَهْلُ الْكُوفَةِ:

فَرَدُّوا هَذَا الْحَدِيثَ بِجُمْلَتِهِ لِمُخَالَفَتِهِ لِلْأُصُولِ الْمُتَوَاتِرَةِ عَلَى **طَرِيقَتِهِمْ فِي رَدِّ خَبَرِ الْوَاحِدِ إِذَا خَالَفَ الْأُصُولَ الْمُتَوَاتِرَةَ**، لِكَوْنِ خَبَرِ الْوَاحِدِ مَظْنُونًا، وَالْأُصُولُ يَقِينِيَّةٌ مَقْطُوعٌ بِهَا[١]، كَمَا قَالَ عُمَرُ فِي حَدِيثِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ: مَا كُنَّا لِنَدَعَ كِتَابَ اللهِ [م/٢٣٦و] وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا لِحَدِيثِ امْرَأَةٍ[٢].

وَرَوَوا عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَضَى بِالسِّلْعَةِ لِلْمُفْلِسِ، وَهُوَ رَأْيُ ابْنِ [ب/٣٦٤و] سِيرِينَ[٣]، وَإِبْرَاهِيمَ مِنَ التَّابِعِينَ[٤].

وَرُبَّمَا احْتَجُّوا بِأَنَّ حَدِيثَ أَبِي هُرَيْرَةَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، وَذَلِكَ: أَنَّ الزُّهْرِيَّ رَوَى عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ[٥]، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: **«أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ، أَوْ أَفْلَسَ فَوَجَدَ بَعْضُ غُرَمَائِهِ مَالَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ»**[٦]. وَهَذَا الْحَدِيثُ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ مُوَافِقٌ لِلْأَصْلِ الثَّابِت.

---

(١) ينظر: «المبسوط»: (١٣/ ١٩٧). (٢) أخرجه مسلم (١٤٨٠).
(٣) «الأوسط» (١١/ ٥٨). (٤) «الأوسط» (١١/ ٥٨).
(٥) هو ابن الحارث بن هشام.
(٦) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٧٨) ـ ومن طريقه: الشافعيُّ في «الأم» (٣/ ٢١٤)، وأبو داود (٣٥٢٠)، وعبد الرزاق (٨/ ٢٦٤)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ١٦٦)، وفي «مشكل الآثار» (١٢/ ١٧ ـ ١٨، رقم: ٤٦٠٥) ـ عن ابن شهاب، عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن هشام أن رسول الله ﷺ قال: **«أيما رجل باع متاعًا فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئًا فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء»**.
قال ابن عبد البر في «التمهيد» (٨/ ٤٠٧): «هكذا هو في جميع الموطآت التي رأينا، وكذلك رواه جميع الرواة عن مالك فيما علمنا مرسلًا إلا عبد الرزاق؛ فإنه رواه عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبي بكر، عن أبي هريرة عن النبي ﷺ فأسنده، وقد اختلف في ذلك عن عبد الرزاق، حدَّثنا أحمد بن عبد الله بن محمد بن علي، =

= قال: حدَّثنا أبي، قال: حدَّثنا محمد بن قاسم، قال: حدَّثنا مالك بن عيسى، قال: حدَّثنا عبد الله بن بركة الصنعاني، قال: حدَّثنا عبد الرزاق، قال: حدَّثنا مالك بن أنس، عن ابن شهاب، عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن هشام، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «**أيما رجل باع متاعًا فأفلس المبتاع ولم يقبض من الثمن شيئًا فإن وجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها، وإن مات المشتري فهو أسوة الغرماء**».

وكذلك رواه محمد بن علي، وإسحاق بن إبراهيم بن جوثى الصنعانيان، عن عبد الرزاق، عن مالك بهذا الإسناد مسندًا عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ ورواه محمد بن يوسف الحذامي، وإسحاق بن إبراهيم الدبري، عن عبد الرزاق، عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن، عن النبي ﷺ مرسلًا كما في الموطأ ليحيى وغيره، وذكر الدارقطني أنه قد تابع عبد الرزاق على إسناده عن مالك أحمد بن موسى، وأحمد بن أبي طيبة وإنما هو في الموطأ مرسل».

وذكر الدارقطني في «العلل» (١١/ ١٦٩) أنّ محمد بن يحيى رواه عن عبد الرزاق، عن مالك مرسلًا.

وتابعه: صالح بن كيسان، ومعمر بن راشد: ذكر روايتهما ابن عبد البر في «التمهيد» (٨/ ٤٠٧).

ويونس بن يزيد، أخرج روايته: أبو داود (٣٥٢١)، وفي «المراسيل» (١٧٣)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ١٦٥).

* وأخرجه ابن ماجه (٢٣٦١)، والطبراني في «الأوسط» (٨٢٥٠) عن موسى بن جمهور، والدارقطني (٣/ ٣٠) من طريق محمد بن عبد الله الأسدي، والبيهقي (٦/ ٤٨) من طريق عبد الله بن محمد، وابن عبد البر في «التمهيد» (٨/ ٤٠٩) من طريق أبي عروبة الحراني، كلهم عن عمرو بن عثمان بن سعيد، عن اليمان بن عدي الحضرمي، عن الزبيدي، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**أَيُّمَا امْرِئٍ أَفْلَسَ وَعِنْدَهُ مَالُ امْرِئٍ بِعَيْنِهِ لم يَقْبِضْ مِنْهُ شَيْئًا فَهُوَ أَحَقُّ بِعَيْنِ مَالِهِ، فإِنْ كَانَ قَبَضَ مِنْهُ شَيْئًا فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ، وأَيُّمَا امْرِئٍ مَاتَ وَعِنْدَهُ مَالُ امْرِئٍ بِعَيْنِهِ اقْتَضَى مِنْهُ شَيْئًا أَوْ يَقْتَضِ فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ**».

قال الطبراني: «لم يرو هذا الحديث عن الزهريّ، عن أبي سلمة، إلّا الزبيديّ، ولا عن الزبيدي إلّا اليمان بن عدي، تفرد به عمرو بن عثمان».

وقال الدارقطنيُّ: «خالفه إسماعيل بن عياش، عن الزبيديِّ، وموسى بنِ عقبة، واليمانُ بنُ عدي، وإسماعيلُ بن عياش ضعيفان». =

= وقال ابن عبد البر: «ليس هذا الحديث محفوظًا من رواية أبي سلمة، وإنما هو معروف لأبي بكر بن عبد الرحمٰن».
وذكر الدارقطنيُّ في «العلل» (١١/ ١٦٨) أنّ مالكًا تابع الزُّبيديَّ على هذا الوجه فقال: «وقيل: عن عباس البحراني، عن عبد الرزاق، عن مالك، عن الزهريّ، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، ولا يصح هذا القول».
* ورواه الزهري، عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن عن أبي هريرة، عن النَّبِيّ ﷺ.
رواه عن الزهريِّ هكذا:
١ ـ مالك بن أنس.
أخرجه الطحاويُّ في «مشكل الآثار» (١٢/ ١٨، رقم: ٤٦٠٦)، وابن عبد البر في «التمهيد» (٨/ ٤٠٦).
من طريق عبد الرزاق، عن مالك به.
وذكر ابن عبد البر: أنّ محمد بن علي، وإسحاق بن إبراهيم الصنعانيين تابعا عبد الله بن بركة، وذكر أيضًا نقلًا عن الدارقطنيّ أنّ أحمد بن موسى، وأحمد بن أبي طيبة تابعا عبد الرزاق.
٢ ـ ومحمد بن الوليد الزُّبيدي:
أخرجه أبو داود (٣٥٢٢)، وابن الجارود (٦٣٢)، والطحاويّ في «مشكل الآثار» (١٢/ ١٩ ـ ٢٠)، والدارقطني (٣/ ٣٠، ٤/ ٢٣٠) ـ ومن طريقه ابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٢٠١) ـ، والبيهقي (٦/ ٤٧).
وقال أبو داود: «حديث مالك أصح».
٣ ـ وموسى بن عقبة، أخرجه ابن ماجه (٢٣٥٩)، وابن الجارود (ص٢١٤)، والدارقطني (٣/ ٢٩، ٤/ ٢٣٠)، والطحاويُّ في «مشكل الآثار» (١٢/ ١٨)، والعقيليّ في «الضعفاء» (١/ ٨٩)، والبيهقي (٦/ ٤٧)، وابن عساكر في «تاريخ دمشق» (٥/ ٣٨١).
بلفظ: «**أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل وقد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئًا فهي له، وإن كان قبض من ثمنها شيئًا فهو أسوة الغرماء**».
ونقل ابنُ الجارود عن الذهلي قوله: «رواه مالك، وصالح بن كيسان، ويونس عن الزهريّ، عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن مُطْلق عن رَسُول اللهِ ﷺ وهم أولى بالحديث ـ يعني من طريق الزهريّ».
وقال الدارقطني: «إسماعيل بن عياش مضطرب الحديث، ولا يثبت هذا عن الزهري =

= مسندًا، وإنما هو مرسل»، وقال أيضًا ـ كما في «أطراف الغرائب والأفراد» (٥/ ٢٨٠): «تفرد به إسماعيل بن عياش، عن موسى بن عقبة، عن الزهريّ عنه».

وأخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (١١/ ٢٩٦ ـ ٢٩٧)، وابن النجار في «ذيل تاريخ بغداد» (١٦/ ١٩٨) من طريق عثمان بن جعفر بن محمد الصوفي، قال: حدَّثنا أبو قرصافة محمد بن عبد الوهاب العسقلاني، قال: حدَّثنا آدم بن أبي إياس، قال: حدَّثنا شعبة، عن موسى بن عقبة، عن الزهري، عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «**من باع سلعة لم يكن قبض من ثمنها شيئًا فهي له، فإن كان قد قبض من ثمنها شيئًا فهو أسوة الغرماء**».

وقال ابن أبي حاتم في «علل الحديث» (١١٦٢): «وسألتُ أَبِي وَأَبَا زُرْعَةَ عَنْ حديثٍ رَوَاهُ اليَمَان بْنُ عَدِيّ، عَنِ الزُّبَيدي (٤)، عَنِ الزُّهْري، عَنْ أَبِي سَلَمة، عن أبي هريرة، عن النبيِّ ﷺ قَالَ: **إِذَا أَفْلَسَ الرَّجُلُ فَوَجَدَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ**...؟

فَقَالا: هَذَا خطأٌ.

قَالَ أَبُو زُرْعَةَ: رَوَاهُ إسماعيلُ بْنُ عَيَّاش، عَنِ الزُّبَيْدِيِّ وَمُوسَى بنِ عُقْبَة، عَنِ الزُّهْري، عَنْ أبي بكر بن عبد الرحمٰن، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ.

قلتُ: فإنَّ بَقِيَّة يحدِّث عن الزُّبَيدي؟ فَقَالَ: مَا هَذَا مِنْ حديثِ بَقِيَّةَ أَصْلًا! مَنْ رَوَى هَذَا الحديثَ عَنْ بَقِيَّة؟

قلتُ: نُعَيْمُ بْنُ حمَّاد.

قَالَ: رَوَى نُعَيْمُ بنُ حمَّاد عَنْ بَقِيَّةَ أحاديثَ ليستْ مِن حَدِيثِ بَقِيَّة أَصْلًا، مَا أعلمُ رَوَى هَذَا الحديثَ غَيْر إِسْمَاعِيلَ بْنِ عَيَّاش.

قَالَ أَبِي: رَوَى نُعَيْمُ بنُ حمَّاد هَذَا الحديثَ عَنْ بَقِيَّة، فَقَالَ فيه: عن أبي بكر ابن عبد الرحمٰن، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ؛ وَلَمْ يُتابَعْ نُعَيْمٌ عَلَيْهِ.

وَقَالا: الصَّحيحُ عِنْدَنَا مِنْ حَدِيثِ الزُّهْري: عَنْ أَبِي بكر بن عبد الرحمٰن، عن النبيِّ ﷺ، مُرسَلًا».

وتابع الزهريَّ على هذا الوجه المرفوع عمرُ بنُ عبد العزيز؛ أخرجه البخاريُّ (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩) من طريق عن عمر بن عبد العزيز، عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن هشام أخبره أنه سمع أبا هريرة رضي الله تعالى عنه يقول: قال رسول الله ﷺ أو قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره**».

قَالُوا: وَلِلْجَمْعِ بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ وَجْهٌ، وَهُوَ حَمْلُ ذَلِكَ الْحَدِيثِ عَلَى الْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَّةِ، إِلَّا أَنَّ الْجُمْهُورَ دَفَعُوا[١] هَذَا التَّأْوِيلَ بِمَا وَرَدَ فِي لَفْظِ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ [أ/٤١٣ظ] مِنْ ذِكْرِ الْبَيْعِ.

وَهَذَا كُلُّهُ عِنْدَ الْجَمِيعِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي السِّلْعَةَ.

فَأَمَّا قَبْلَ الْقَبْضِ:

٢٣٤٦ فَالْعُلَمَاءُ مُتَّفِقُونَ، أَهْلُ الْحِجَازِ وَأَهْلُ الْعِرَاقِ أَنَّ صَاحِبَ السِّلْعَةِ أَحَقُّ بِهَا؛ لِأَنَّهَا فِي ضَمَانِهِ[٢].

٢٣٤٧ **وَاخْتَلَفَ الْقَائِلُونَ** بِهَذَا الْحَدِيثِ إِذَا قَبَضَ الْبَائِعُ بَعْضَ الثَّمَنِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٣]: إِنْ شَاءَ أَنْ يَرُدَّ مَا قَبَضَ وَيَأْخُذَ السِّلْعَةَ كُلَّهَا، وَإِنْ شَاءَ حَاصَّ[٤] الْغُرَمَاءَ فِيمَا بَقِيَ مِنْ سِلْعَتِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٥]: بَلْ يَأْخُذُ مَا بَقِيَ مِنْ سِلْعَتِهِ بِمَا بَقِيَ مِنَ الثَّمَنِ.

وَقَالَتْ جَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ؛ دَاوُدُ[٦]، وَإِسْحَاقُ[٧]، وَأَحْمَدُ[٨]: إِنْ قَبَضَ مِنَ الثَّمَنِ شَيْئًا فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ.

---

(١) في (م): «رفضوا».

(٢) قال الماورديُّ في «الحاوي» (٦/ ٢٦٦): «كل غريم للمفلس ثبت دَينه من ثمن مبيع لم يخل حال العين المبيعة إذا لم يقبض البائع ثمنها من **ثلاثة أحوال**:
أحدها: أن تكون في يد البائع لم يسلمها إلى المشتري حتى حُجِر عليه بالفلس؛ فللبائع أن يفسخ البيع فيها ويأخذ بثمنها، وله أن يمضي البيع ويسلمها ويضرب مع الغرماء بثمنها، وهذا قول متفق عليه ليس يعرف خلاف فيه».

(٣) «المقدمات» (٢/ ٣٣٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٥٨)، «مواهب الجليل» (٦/ ٦٢٣).

(٤) في (م): «خاص».

(٥) «الحاوي» (٦/ ٢٩٣)، «تحفة المحتاج» (٥/ ١٤٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٥١).

(٦) «الأوسط» (١١/ ٣١). (٧) «المحلى» (٦/ ٤٨٧).

(٨) «الإقناع» (٢/ ٢١٨)، «كشاف القناع» (٣/ ٤٣٧).

وَحُجَّتُهُمْ:

مَا رَوَى مَالِكٌ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا، فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الَّذِي بَاعَهُ (مِنْ ثَمَنِهِ)[1] شَيْئًا، فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، وَإِنْ مَاتَ الَّذِي ابْتَاعَهُ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ**»[2].

وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ[3]، وَإِنْ أَرْسَلَهُ مَالِكٌ؛ فَقَدْ أَسْنَدَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[4].

وَقَدْ رُوِيَ مِنْ طَرِيقِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ فِيهِ زِيَادَةُ بَيَانٍ، وَهُوَ قَوْلُهُ فِيهِ: «**فَإِنْ كَانَ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِها شَيْئًا فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ**»[5].

ذَكَرَهُ أَبُو عُبَيْدٍ فِي كِتَابِهِ فِي الْفِقْهِ، وَخَرَّجَهُ[6].

وَحُجَّةُ الشَّافِعِيِّ: أَنَّ كُلَّ السِّلْعَةِ، أَوْ بَعْضَهَا فِي الْحُكْمِ وَاحِدٌ.

٢٣٤٨ **وَلَمْ يَخْتَلِفُوا** أَنَّهُ إِذَا فَوَّتَ الْمُشْتَرِي بَعْضَهَا (أَنَّ الْبَائِعَ أَحَقُّ بِالْمِقْدَارِ الَّذِي أَدْرَكَ مِنْ سِلْعَتِهِ)[7]، ....

---

(١) من (م).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) من (أ).

(٤) في «المصنف» (٨/ ٢٦٤).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) ينظر: «التمهيد» (٨/ ٤٠٦ ـ ٤٠٩).

(٧) انظر: «الحجة» (٢/ ٧١٥) وفيه: «وإن كان المشتري قد باع بعضه وفرَّقه؛ فصاحب المتاع أحق به من الغرماء، لا يمنعه ما فرَّق المشتري أن يأخذ ما وجده بعينه».
و«الموطأ» (٢/ ٦٧٨)، وفيه: «قال مالك في رجل باع من رجل متاعًا فأفلس المبتاع فإن البائع إذا وجد شيئًا من متاعه بعينه أخذه، وإن كان المشتري قد باع بعضه وفرَّقه فصاحب المتاع أحق به من الغرماء لا يمنعه ما فرَّق المبتاع منه أن يأخذ ما وجد بعينه»، و«المنتقى» (٦/ ٥٠٢)، وفيه: «من اشترى سلعًا فباع بعضها، ثم أفلس؛ فإن البائع أحق بما بقي منها من سائر الغرماء»، و«منح الجليل» (٦/ ٧٠).
و«مغني المحتاج» (٣/ ١١٧)، وفيهِ: «(فله)؛ أي: البائع (فسخ البيع واسترداد المبيع). . . .»، وقوله: «واسترداد المبيع قد يوهم منع استرداد بعضه وليس مراد»، «الحاوي» (٧/ ٢٤٠)، «المغني» (٦/ ٥٤٣).

=

إِلَّا عَطَاءً[(١)] فَإِنَّهُ قَالَ: إِذَا فَوَّتَ الْمُشْتَرِي بَعْضَهَا)[(٢)]كَانَ الْبَائِعُ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ.

[٢٣٤٨/أ] وَاخْتَلَفَ مَالِكٌ، والشَّافِعِيُّ فِي الْمَوْتِ: هَلْ حُكْمُهُ حُكْمُ الْفَلَسِ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ: هُوَ فِي الْمَوْتِ [ب/ ٣٦٤ظ] أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ، بِخِلَافِ الْفَلَسِ[(٣)].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الْأَمْرُ فِي ذَلِكَ وَاحِدٌ[(٤)].

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ: مَا رَوَاهُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ[(٥)].

وَهُوَ نَصٌّ فِي ذَلِكَ أَيْضًا[(٦)] مِنْ جِهَةِ النَّظَرِ: إِنْ فَرَّقَا بَيْنَ الذِّمَّةِ فِي الْفَلَسِ، وَالْمَوْتِ، وَذَلِكَ أَنَّ الْمُفْلِسَ مُمْكِنٌ أَنْ (يَبْرَأَ حَالُهُ)[(٧)] فَيَتْبَعُهُ غُرَمَاؤُهُ بِمَا بَقِيَ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مُتَصَوَّرٍ فِي الْمَوْتِ. [م/ ٤١٤و]

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ:

فَعُمْدَتُهُ: مَا رَوَاهُ ابْنُ أَبِي ذِئْبٍ بِسَنَدِهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ[(٨)] رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِهِ**»[(٩)].

فَسَوَّى فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ بَيْنَ الْمَوْتِ، وَالْفَلَسِ.

وقَالَ: وَحَدِيثُ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ أَوْلَى مِنْ حَدِيثِ ابْنِ شِهَابٍ؛ لِأَنَّ حَدِيثَ

= وخالفهم الحنابلة: ففي «العدة شرح العمدة» (١/ ٢٢٨): «فإن تلف بعضها، أو باعه المفلس، أو وهبه، أو وقفه: فهو أسوة الغرماء».

(١) «المغني» (٦/ ٥٤٣).

وكذا الظاهرية؛ قال ابن حزم في «المحلى» (٦/ ٤٨٥): «فإن وجد بعضها لا كلها فسواء وجد أكثرها أو أقلها لا حق له فيها وهو أسوة الغرماء».

(٢) ما بين القوسين ليس في (م).

(٣) «الاستذكار» (٢١/ ٣٤)، «المقدمات» (٢/ ٣٣٨)، «الشرح الصغير» (٢/ ٣٧٧).

(٤) «الأم» (٣/ ١٩٩)، «الحاوي» (٦/ ٢٦٦).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) في (م): «وأيضًا».

(٧) في (م): «يرى ماله».

(٨) في (م): «قضى».

(٩) تقدم تخريجه.

ابْنِ شِهَابٍ مُرْسَلٌ، وَهَذَا مُسْنَدٌ مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى، فَهُوَ مَالٌ لَا تَصَرُّفَ فِيهِ لِمَالِكِهِ إِلَّا بَعْدَ أَدَاءِ مَا عَلَيْهِ، فَأَشْبَهَ مَالَ الْمُفْلِسِ.

وَقِيَاسُ مَالِكٍ أَقْوَى مِنْ قِيَاسِ الشَّافِعِيِّ، وَتَرْجِيحُ(١) حَدِيثِهِ عَلَى حَدِيثِ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ مِنْ جِهَةِ مُوَافَقَةِ الْقِيَاسِ لَهُ أَقْوَى.

وَذَلِكَ: أَنَّ مَا وَافَقَ مِنَ الْأَحَادِيثِ الْمُتَعَارِضَةِ قِيَاسَ الْمَعْنَى فَهُوَ أَقْوَى مِمَّا وَافَقَهُ قِيَاسُ الشَّبَهِ ـ أَعْنِي: أَنَّ الْقِيَاسَ الْمُوَافِقَ لِحَدِيثِ الشَّافِعِيِّ قِيَاسُ شَبَهٍ، وَالْمُوَافِقَ لِحَدِيثِ مَالِكٍ قِيَاسُ مَعْنًى ـ وَمُرْسَلُ مَالِكٍ: خَرَّجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ(٢).

فَسَبَبُ الْخِلَافِ:

تَعَارُضُ الْآثَارِ فِي هَذَا الْمَعْنَى، وَالْمَقَايِيسِ.

وَأَيْضًا، فَإِنَّ الْأَصْلَ يَشْهَدُ لِقَوْلِ مَالِكٍ فِي الْمَوْتِ [م/٢٣٦ظ] ـ أَعْنِي: أَنَّ مَنْ بَاعَ شَيْئًا فَلَيْسَ (لَهُ أَنْ)(٣) يَرْجِعَ إِلَيْهِ.

فَمَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ **أَقْوَى فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ**.

وَالشَّافِعِيُّ إِنَّمَا ضَعُفَ عِنْدَهُ فِيهَا قَوْلُ مَالِكٍ لِمَا رواه مِنَ الْمُسْنَدِ، والْمُرْسَلِ عِنْدَهُ لَا يَجِبُ عِنْدَهُ(٤) الْعَمَلُ بِهِ.

[٢٣٤٨/ب] وَاخْتَلَفَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ فِيمَنْ وَجَدَ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِهَا عِنْدَ الْمُفْلِسِ، وَقَدْ أَحْدَثَ زِيَادَةً، مِثْلَ أَنْ تَكُونَ أَرْضًا يَغْرِسُهَا، أَوْ عَرْصَةً يَبْتَنِيهَا(٥):

فَقَالَ مَالِكٌ: الْعَمَلُ الزَّائِدُ فِيهَا هُوَ فَوْتٌ، وَيَرْجِعُ صَاحِبُ السِّلْعَةِ شَرِيكَ الْغُرَمَاءِ(٦).

---

(١) في (م): «وترجح».
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) من (م).
(٤) من (م).
(٥) في (م): «بنيها».
(٦) «الاستذكار» (٢١/ ٢٧)، «المقدمات» (٢/ ٣٣٤)، «الشرح الكبير» (٣/ ٢٨٦)، «مواهب الجليل» (٥/ ٥٣)، «منح الجليل» (٦/ ٧٠).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١): بَلْ يُخَيَّرُ الْبَائِعُ بَيْنَ أَنْ يُعْطِيَ قِيمَةَ مَا أَحْدَثَ الْمُشْتَرِي فِي سِلْعَتِهِ وَيَأْخُذَهَا، أَوْ(٢) أَنْ يَأْخُذَ أَصْلَ(٣) السِّلْعَةِ وَيُحَاصَّ الْغُرَمَاءَ فِي الزِّيَادَةِ وما يَكُونُ فَوْتًا مِمَّا لَا يَكُونُ فَوْتًا.

ومَذْهَبُ(٤) مَالِكٍ مَنْصُوصٌ فِي كُتُبِهِ الْمَشْهُورَةِ(٥).

[٢٣٤٨/ج] وَتَحْصِيلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ فِيمَا يَكُونُ بِهِ الْغَرِيمُ(٦) [ب/ ٣٦٥و] أَحَقَّ مِنْ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ، أَوْ فِي الْفَلَسِ دُونَ الْمَوْتِ:

أَنَّ الْأَشْيَاءَ (الْمَبِيعَةَ بِالدَّيْنِ)(٧) تَنْقَسِمُ فِي التَّفْلِيسِ ثَلَاثَةَ أَقْسَامٍ:

(أ) عَرَضٌ يَتَعَيَّنُ.

(ب) وَعَيْنٌ اخْتُلِفَ فِيهِ [أ/ ٤١٤ظ] هَلْ يَتَعَيَّنُ فِيهِ أَمْ لَا؟

(ج) وَعَمَلٌ لَا يَتَعَيَّنُ.

(أ) فَأَمَّا الْعَرَضُ:

فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ بَائِعِهِ لَمْ يُسَلِّمْهُ حَتَّى أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ فِي الْمَوْتِ، وَالْفَلَسِ.

وَهَذَا مَا لَا خِلَافَ فِيهِ.

وَإِنْ كَانَ قَدْ دَفَعَهُ إِلَى الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَفْلَسَ وَهُوَ قَائِمٌ بِيَدِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْغُرَمَاءِ فِي الْفَلَسِ دُونَ الْمَوْتِ، وَلَهُمْ عِنْدَهُ أَنْ يَأْخُذُوا سِلْعَتَهُ بِالثَّمَنِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٨): (لَيْسَ لَهُمْ.

---

(١) في (أ): «و».
(٢) «نهاية المحتاج» (٤/ ٣٣٢).
(٣) ليست في (م).
(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «في مذهب».
(٥) ينظر: «المقدمات» (٢/ ٣٣٨)، «الشرح الصغير» (٢/ ٣٧٧).
(٦) في (م): «الغرم».
(٧) ليست في (أ).
(٨) «نهاية المحتاج» (٤/ ٣٣٢)، «نهاية المحتاج» (٣/ ١٠٦)، «الوسيط» (٤/ ١٤).

وَقَالَ أَشْهَبُ[١](٢) لَا يَأْخُذُونَهَا إِلَّا بِزِيَادَة يَحُطُّونَهَا عَنِ الْمُفْلِسِ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ[٣]: إِنْ (شَاءُوا كَانَ)[٤] الثَّمَنُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ، أَوْ مِنْ مَالِ الْغَرِيمِ[٥]. وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ[٦]: بَلْ يَكُونُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ.

(ب) وَأَمَّا الْعَيْنُ:

فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا فِي الْمَوْتِ أَيْضًا، وَالْفَلَسُ مَا كَانَ بِيَدِهِ.

٢٣٤٩ **وَاخْتُلِفَ** إِذَا دَفَعَهُ إِلَى بَائِعِهِ فِيهِ[٧] فَفَلَّسَ أَوْ مَاتَ وَهُوَ قَائِمٌ بِيَدِهِ يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ:

فَقِيلَ:

إِنَّهُ أَحَقُّ بِهِ كَالْعُرُوضِ فِي الْفَلَسِ دُونَ الْمَوْتِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ[٨].

وَقِيلَ:

إِنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهِ، وَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ، وَهُوَ قَوْلُ أَشْهَبَ[٩].

وَالْقَوْلَانِ جَارِيَانِ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي تَعْيِينِ الْعَيْنِ.

وَأَمَّا إِنْ لَمْ يُعْرَفْ بِعَيْنِهِ:

فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ.

(ج) وَأَمَّا الْعَمَلُ الَّذِي لَا يَتَعَيَّنُ:

فَإِنْ أَفْلَسَ الْمُسْتَأْجِرُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ عَمَلَ الْأَجِيرِ كَانَ الْأَجِيرُ أَحَقَّ بِمَا عَمِلَهُ[١٠] فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ جَمِيعًا، كَالسِّلْعَةِ إِذَا كَانَتْ بِيَدِ الْبَائِعِ فِي وَقْتِ[١١]

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٣٣٤).

(٢) ما بين القوسين من (م).

(٣) «المقدمات» (٢/ ٣٣٤).

(٤) كذا في (أ)، وفي (ب): «شاء وإن كان»، وفي (م): «شاء وكان».

(٥) في (م): «الغرم».

(٦) «المقدمات» (٢/ ٣٣٤).

(٧) ليست في (م).

(٨) «المقدمات» (٢/ ٣٣٤).

(٩) «المقدمات» (٢/ ٣٣٤).

(١٠) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «عليه».

(١١) في (م): «موت».

الْفَلَسِ، وَإِنْ كَانَ فَلَسُهُ(١) بَعْدَ أَنِ اسْتَوْفَى عَمَلَ الْأَجِيرِ:

فَالْأَجِيرُ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ بِأُجْرَتِهِ الَّتِي شَارَطَهُ عَلَيْهَا فِي الْمَوْتِ والْفَلَسِ جَمِيعًا، إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِيَدِهِ السِّلْعَةُ الَّتِي اسْتُؤْجِرَ (عَلَى عَمَلِهَا)(٢)، فَيَكُونُ أَحَقَّ بِذَلِكَ فِي الْمَوْتِ، وَالْفَلَسِ جَمِيعًا؛ لِأَنَّهُ كَالرَّهْنِ بِيَدِهِ، فَإِنْ أَسْلَمَهُ كَانَ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ بِعَمَلِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ فِيهِ (شَيْءٌ(٣) أَخْرَجَهُ)(٤) فَيَكُونَ أَحَقَّ بِهِ فِي الْفَلَسِ دُونَ الْمَوْتِ.

وَكَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَهُ فِي فَلَسِ مُكْتَرِي الدَّوَابِّ أَنَّ الْمُكْتَرِيَ(٥) أَحَقُّ بِمَا عَلَيْهِ مِنَ الْمَتَاعِ فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ جَمِيعًا، وَكَذَلِكَ مُكْتَرِي السَّفِينَةِ، وَهَذَا [ب/ ٣٦٥ظ] كُلُّهُ شَبَّهَهُ مَالِكٌ بِالرَّهْنِ(٦).

وَبِالْجُمْلَةِ:

٢٣٥٠ فَلَا خِلَافَ فِي مَذْهَبِهِ:

أَنَّ الْبَائِعَ أَحَقُّ بِمَا فِي يَدَيْهِ فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ، وَأَحَقُّ بِسِلْعَتِهِ الْقَائِمَةِ الْخَارِجَةِ عَنْ يَدِهِ فِي الْفَلَسِ دُونَ الْمَوْتِ، وَأَنَّهُ أُسْوَةُ [أ/ ٤١٥و] الْغُرَمَاءِ فِي سِلْعَتِهِ إِذَا فَاتَتْ، وَعِنْدَهَا يُشَبِّهُ حَالَ الْأَجِيرِ - أَصْحَابُ مَالِكٍ(٧) - الْبَائِعِ الْمَنْفَعَةَ، بِالْبَائِعِ الرَّقَبَةَ:

فَمَرَّةً يُشَبِّهُونَ الْمَنْفَعَةَ الَّتِي عَمِلَ: بِالسِّلْعَةِ الَّتِي لَمْ يَقْبِضْهَا الْمُشْتَرِي، فَيَقُولُونَ: هُوَ أَحَقُّ بِهَا فِي الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ.

[م/ ٢٣٧و] وَمَرَّةً يُشَبِّهُونَهُ بِالَّتِي خَرَجَتْ مِنْ يَدِهِ وَلَمْ تفت، فَيَقُولُونَ: هُوَ أَحَقُّ بِهَا فِي الْفَلَسِ دُونَ الْمَوْتِ.

---

(١) في (م): «حبسه».

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «عليها».

(٣) من (م).

(٤) ليس في (أ).

(٥) في (أ): «المكري».

(٦) «المقدمات» (٢/ ٣٣٤).

(٧) «المقدمات» (٢/ ٣٣٥).

وَمَرَّةً يُشَبِّهُونَ ذَلِكَ بِالْمَوْتِ الَّذِي فَاتَتْ فِيهِ، فَيَقُولُونَ: هُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ.

مِثَالُ ذَلِكَ:

اخْتِلَافُهُمْ فِيمَنِ اسْتُؤْجِرَ عَلَى سَقْيِ حَائِطٍ، فَسَقَاهُ حَتَّى أَثْمَرَ الْحَائِطُ، ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُسْتَأْجِرُ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا فِيهِ ثَلَاثَةَ الْأَقْوَالِ[١].

وَتَشْبِيهُ بَيْعِ الْمَنَافِعِ فِي هَذَا الْبَابِ بِبَيْعِ الرِّقَابِ هُوَ شَيْءٌ - فِيمَا أَحْسَبُ - انْفَرَدَ بِهِ مَالِكٌ[٢] دُونَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ.

[٢٣٥٠/...] وَهُوَ ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ قِيَاسَ الشَّبَهِ الْمَأْخُوذِ مِنَ الْمَوْضِعِ الْمُفَارِقِ لِلْأُصُولِ يَضْعُفُ، وَلِذَلِكَ ضَعُفَ عِنْدَ قَوْمٍ الْقِيَاسُ عَلَى مَوْضِعِ الرُّخَصِ، وَلَكِنِ انْقَدَحَ هُنَالِكَ قِيَاسُ عِلَّةٍ، فَهُوَ أَقْوَى.

وَلَعَلَّ الْمَالِكِيَّةَ تَدَّعِي[٣] وُجُودَ هَذَا الْمَعْنَى فِي هذا الْقِيَاسِ، وَلَكِنَّ هَذَا كُلَّهُ لَيْسَ يَلِيقُ بِهَذَا الْمُخْتَصَرِ.

٢٣٥١ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ: اخْتِلَافُهُمْ فِي الْعَبْدِ الْمُفْلِسِ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التِّجَارَةِ:

هَلْ يُتْبَعُ بِالدَّيْنِ فِي رَقَبَتِهِ أَمْ لَا؟

فَذَهَبَ مَالِكٌ[٤] وَأَهْلُ الْحِجَازِ[٥] إِلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يُتْبَعُ بِمَا فِي يَدِهِ لَا فِي رَقَبَتِهِ، ثُمَّ إِنْ أُعْتِقَ أُتْبِعَ[٦] بِمَا بَقِيَ عَلَيْهِ.

وَرَأَى قَوْمٌ أَنَّهُ يُبَاعُ[٧].

---

(١) «الهداية (٩/ ٤٣٦)، «المقدمات» (٢/ ٣٣٥)، «القوانين الفقهية» (ص٣٤٧)، «منح الجليل» (٤/ ٦٩٧)، «روضة الطالبين» (٤/ ٨٤)، «المهذب» (١/ ٣٣٤)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٢٨٦)، «كشاف القناع» (٣/ ٤٢٧).

(٢) «لوامع الدرر شرح المختصر» (٣/ ٤١٨).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ترعى».

(٤) «الاستذكار» (٢١/ ٤١)، «الكافي» (٢/ ٨٣١)، «مواهب الجليل» (٤/ ٦١١).

(٥) «الاستذكار» (٢١/ ٤١).

(٦) في (م): «لم يتبع».

(٧) «الاستذكار» (٢١/ ٤١).

وَرَأَى قَوْمٌ أَنَّ الْغُرَمَاءَ يُخَيَّرُونَ بَيْنَ بَيْعِهِ وَبَيْنَ أَنْ يَسْعَى فِيمَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ، وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ(١).

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: بَلْ يَلْزَمُ سَيِّدَهُ مَا عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ(٢).

فَالَّذِينَ لَمْ يَرَوْا بَيْعَ رَقَبَتِهِ قَالُوا: إِنَّمَا عَامَلَ النَّاسَ عَلَى مَا فِي يَدِهِ فَأَشْبَهَ الْحُرَّ، وَالَّذِينَ رَأَوْا بَيْعَهُ شَبَّهُوا ذَلِكَ بِالْجِنَايَاتِ الَّتِي يَجْنِي.

وَأَمَّا الَّذِينَ رَأَوُا الرُّجُوعَ عَلَى السَّيِّدِ بِمَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ: فَإِنَّهُمْ شَبَّهُوا مَالَهُ بِمَالِ السَّيِّدِ إِذْ كَانَ لَهُ انْتِزَاعُهُ.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ: هُوَ تَعَارُضُ أَقْيِسَةِ الشَّبَهِ(٣) فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

٢٣٥٢ وَمِنْ هَذَا الْمَعْنَى:

إِذَا أَفْلَسَ الْعَبْدُ وَالْمَوْلَى مَعًا [ب/٣٦٦و] بِأَيٍّ يَبْدَأُ: هَلْ بِدَيْنِ الْعَبْدِ، أَو بِدَيْنِ الْمَوْلَى؟

فَالْجُمْهُورُ(٤) يَقُولُونَ: بِدَيْنِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الَّذِينَ [أ/٤١٥ظ] دَايَنُوا الْعَبْدَ إِنَّمَا فَعَلُوا ذَلِكَ ثِقَةً بِمَا رَأَوْا عِنْدَ الْعَبْدِ مِنَ الْمَالِ، وَالَّذِينَ دَايَنُوا الْمَوْلَى لَمْ يَعْتَدُّوا بِمَالِ الْعَبْدِ.

وَمَنْ رَأَى الْبَدْءَ بِالْمَوْلَى قَالَ: لِأَنَّ مَالَ الْعَبْدِ هُوَ فِي الْحَقِيقَةِ لِلْمَوْلَى.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ:

تَرَدُّدُ مَالِ الْعَبْدِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ حُكْمَ مَالِ الْأَجْنَبِيِّ، أَوْ حُكْمَ مَالِ السَّيِّدِ.

وَأَمَّا قَدْرُ مَا يَتْرُكُ لِلْمُفْلِسِ مِنْ مَالِهِ:

---

(١) «الاستذكار» (٢١/ ٤١).

(٢) «الاستذكار» (٢١/ ٤١).

(٣) في (م): «التشبيه».

(٤) «الأصل» (٩/ ٢٠٠)، «المبسوط» (٨/ ٩٠)، «الاستذكار» (٢١/ ٤١)، «المهذب» (٢/ ٤٠٢)، كشاف القناع (٤/ ٤١٦).

فَقِيلَ فِي الْمَذْهَبِ:

يَتْرُكُ لَهُ مَا يَعِيشُ بِهِ هُوَ وَأَهْلُهُ وَوَلَدُهُ الصِّغَارُ الْأَيَّامَ[١].

وَقَالَ فِي «الْوَاضِحَةِ» وَ«الْعُتْبِيَّةِ»: الشَّهْرَ وَنَحْوَهُ، وَيَتْرُكُ لَهُ كِسْوَةَ مِثْلِهِ[٢].

وَتَوَقَّفَ مَالِكٌ فِي كِسْوَةِ زَوْجَتِهِ، لِكَوْنِهَا هَلْ تَجِبُ لَهَا بِعِوَضٍ مَقْبُوضٍ - وَهُوَ الِانْتِفَاعُ بِهَا - أَوْ بِغَيْرِ عِوَضٍ.

وَقَالَ سَحْنُونٌ: لَا يَتْرُكُ لَهُ كِسْوَةَ زَوْجَتِهِ[٣].

وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ[٤] (عَنْ مَالِكٍ)[٥]: أَنَّهُ لَا يَتْرُكُ لَهُ إِلَّا مَا يُوَارِيهِ.

وَبِهِ قَالَ ابْنُ كِنَانَةَ[٦].

٢٣٥٢ وَاخْتَلَفُوا فِي بَيْعِ كُتُبِ الْعِلْمِ عَلَيْهِ عَلَى قَوْلَيْنِ:

وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى كَرَاهِيَةِ بَيْعِ كُتُبِ الْفِقْهِ، أَوْ لَا كَرَاهِيَةَ لذَلِكَ[٧].

[٢٣٥٣/...] وَأَمَّا مَعْرِفَةُ الدُّيُونِ الَّتِي يُحَاصُّ بِهَا مِنَ الدُّيُونِ الَّتِي لَا يُحَاصُّ بِهَا، عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ[٨]:

فَإِنَّهَا تَنْقَسِمُ أَوَّلًا إِلَى قِسْمَيْنِ:

(١) **أَحَدُهُمَا**: أَنْ تَكُونَ وَاجِبَةً عَنْ عِوَضٍ.

(٢) **وَالثَّانِي**: أَنْ[٩] تَكُونَ وَاجِبَةً عن غَيْرِ عِوَضٍ.

فَأَمَّا (الْوَاجِبَةُ عَنْ عِوَضٍ:

فَإِنَّهَا تَنْقَسِمُ إِلَى:

---

(١) «الجامع لمسائل المدونة» (١٧/ ٦٥٩).

(٢) «الجامع» (١٧/ ٦٥٩).

(٣) «تحبير المختصر» (٤/ ١٣٨).

(٤) «تحبير المختصر» (٤/ ١٣٨).

(٥) ليست في (ب).

(٦) «تحبير المختصر» (٤/ ١٣٨).

(٧) في (م): «في ذلك».

(٨) «المقدمات» (٢/ ٣٢٨)، «مناهج التحصيل» (٩/ ٢١٠).

(٩) في (م): «ألا».

(١) عِوَضٍ مَقْبُوضٍ.

(٢) وَإِلَى عِوَضٍ غَيْرِ مَقْبُوضٍ.

فَأَمَّا)[١] إذا كَانَتْ عَنْ عِوَضٍ مَقْبُوضٍ، وَسَوَاءٌ أَكَانَتْ مَالًا، أَوْ أَرْشَ جِنَايَةٍ:

٢٣٥٤ فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ[٢] أَنَّ الْمُحَاصَّةَ بِهَا وَاجِبَةٌ.

وَأَمَّا مَا كَانَ عَنْ عِوَضٍ غَيْرِ مَقْبُوضٍ:

فَإِنَّ ذَلِكَ يَنْقَسِمُ **خَمْسَةَ أَقْسَامٍ**[٣]:

أَحَدُهَا: أَنْ لَا يُمْكِنَهُ دَفْعُ الْعِوَضِ بِحَالٍ، كَنَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ لِمَا يَأْتِي مِنَ الْمُدَّةِ.

وَالثَّانِي: أَنْ لَا يُمْكِنَهُ دَفْعُ الْعِوَضِ، ويُمْكِنُهُ دَفْعُ مَا يُسْتَوْفَى (فِيهِ. مِثْلُ)[٤] أَنْ يَكْتَرِيَ الرَّجُلُ الدَّارَ بِالنَّقْدِ، أَوْ يَكُونَ الْعُرْفُ فِيهِ النَّقْدَ، فَفَلَّسَ[٥] الْمُكْتَرِي قَبْلَ أَنْ يَسْكُنَ، أَوْ بَعْدَ مَا سَكَنَ بَعْضَ السُّكْنَى، وَقَبْلَ أَنْ يَدْفَعَ الْكِرَاءَ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ دَفْعُ الْعِوَضِ يُمْكِنُهُ وَيَلْزَمُهُ، كَرَأْسِ مَالِ (السَّلَمِ إِذَا أَفْلَسَ)[٦] الْمُسْلَمُ إِلَيْهِ قَبْلَ دَفْعِ رَأْسِ الْمَالِ.

وَالرَّابِعُ: أَنْ يكون يُمْكِنَهُ دَفْعُ الْعِوَضِ (وَلَا يَلْزَمُهُ، مِثْلُ السِّلْعَةِ إِذَا بَاعَهَا فَفَلَّسَ الْمُبْتَاعُ [م/٢٣٧ظ] قَبْلَ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ الْبَائِعُ.

وَالْخَامِسُ: أَنْ لَا يَكُونَ إِلَيْهِ تَعْجِيلُ دَفْعِ [الْعِوَضِ)[٧]، مِثْلُ أَنْ يُسْلِمَ [ب/٣٦٦ظ] الرَّجُلُ إِلَى [أ/٤١٦و] الرَّجُلِ دَنَانِيرَ فِي عُرُوضٍ إِلَى أَجَلٍ فَيُفْلِسَ الْمُسْلَمُ

(١) ما بين القوسين ليس في (م).
(٢) «المقدمات» (٢/٣٢٨).
(٣) «المقدمات» (٢/٣٢٨ ـ ٣٢٩).
(٤) مكانها بياض في (م).
(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «فيفلس».
(٦) من (م).
(٧) ما بين القوسين ليس في (ب).

قَبْلَ أَنْ يَدْفَعَ][(١)] رَأْسَ الْمَالِ، وَقَبْلَ أَنْ يَحُلَّ أَجَلُ السَّلَمِ.

فَأَمَّا الَّذِي لَا يُمْكِنُهُ دَفْعُ الْعِوَضِ بِحَالٍ:

فَلَا مُحَاصَّةَ فِي ذَلِكَ إِلَّا فِي مُهُورِ الزَّوْجَاتِ إِذَا أَفْلَسَ الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ.

٢٣٥٥ وَأَمَّا الَّذِي لَا يُمْكِنُهُ دَفْعُ الْعِوَضِ وَيُمْكِنُهُ دَفْعُ مَا يُسْتَوْفَى فيه، مِثْلُ الْمُكْتَرِي يُفْلِسُ قَبْلَ دَفْعِ الْكِرَاءِ:

فَقِيلَ:

لِلْمُكْرِي الْمُحَاصَّةُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِسْلَامُ الدَّارِ لِلْغُرَمَاءِ.

وَقِيلَ:

لَيْسَ لَهُ إِلَّا الْمُحَاصَّةُ بِمَا سَكَنَ وَيَأْخُذُ دَارَهُ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَسْكُنْ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَخْذُ دَارِهِ.

[٢٣٥٥/أ] وَأَمَّا مَا يُمْكِنُهُ دَفْعُ الْعِوَضِ وَيَلْزَمُهُ وَهُوَ إِذَا كَانَ الْعِوَضُ عَيْنًا:

فَقِيلَ: يُحَاصُّ بِهِ الْغُرَمَاءَ فِي الْوَاجِبِ لَهُ بِالْعِوَضِ، وَيَدْفَعُهُ.

وَقِيلَ: هُوَ أَحَقُّ بِهِ وَعَلَى هَذَا لَا يَلْزَمُهُ (دَفْعُ الْعِوَضِ[(٢)].

[٢٣٥٥/ب] وَأَمَّا مَا يُمْكِنُهُ دَفْعُ الْعِوَضِ، وَلَا يَلْزَمُهُ)[(٣)]:

فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْمُحَاصَّةِ، وَالْإِمْسَاكِ[(٤)]، وَذَلِكَ هُوَ إِذَا كَانَ الْعِوَضُ عَيْنًا.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ له تَعْجِيلُ الْعِوَضِ، مِثْلُ أَنْ يُفْلِسَ الْمُسْلِمُ (قَبْلَ أَنْ يَدْفَعَ إليه رَأْسَ الْمَالِ)[(٥)]، وَقَبْلَ أَنْ يَحِلَّ أَجَلُ السَّلَمِ:

فَإِنْ رَضِيَ الْمُسْلَمُ إِلَيْهِ أَنْ يُعَجِّلَ الْعُرُوضَ، وَيُحَاصَّ الْغُرَمَاءَ بِرَأْسِ مَالِ

---

(١) ما بين المعكوفتين ليس في (أ).
(٢) «المقدمات» (٢/ ٣٣٢).
(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٤) مكانها بياض في (م).
(٥) ما بين القوسين من (م).

السَّلَم، فَذَلِكَ جَائِزٌ إِنْ رَضِيَ بِذَلِكَ الْغُرَمَاءُ، فَإِنْ أَبَى ذَلِكَ أَحَدُ الْغُرَمَاءِ حَاصَّ الْغُرَمَاءَ بِرَأْسِ الْمَالِ الْوَاجِبِ لَهُ فِيمَا وُجِدَ لِلْغَرِيمِ مِنْ مَالٍ، وَفِي الْعُرُوضِ الَّتِي عَلَيْهِ إِذَا حَلَّتْ؛ لِأَنَّهَا مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ، وَإِنْ شَاءُوا أَنْ يَبِيعُوهَا بِالنَّقْدِ، وَيَتَحَاصُّوا فِيهَا كَانَ ذَلِكَ لَهُمْ.

[٢٣٥٥/ج] وَأَمَّا مَا كَانَ مِنَ الْحُقُوقِ الْوَاجِبَةِ عَنْ غَيْرِ عِوَضٍ:

فَإِنَّ مَا كَانَ مِنْهَا غَيْرَ وَاجِبٍ بِالشَّرْعِ، بَلْ بِالِالْتِزَامِ كَالْهِبَاتِ، وَالصَّدَقَاتِ فَلَا مُحَاصَّةَ فِيهَا.

[٢٣٥٥/د] وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْهَا وَاجِبًا بِالشَّرْعِ كَنَفَقَةِ الآبَاءِ وَالْأَبْنَاءِ:

فَفِيهَا قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمُحَاصَّةَ لَا تَجِبُ بِهَا، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ[١].

وَالثَّانِي: أَنَّهَا تَجِبُ بِهَا إِذَا لَزِمَتْ بِحُكْمٍ مِنَ السُّلْطَانِ، وَهُوَ قَوْلُ أَشْهَبَ[٢].

وَأَمَّا **النَّظَرُ الْخَامِسُ** ـ وَهُوَ مَعْرِفَةُ وَجْهِ التَّحَاصِّ:

فَإِنَّ الْحُكْمَ فِي ذَلِكَ أَنْ يُصْرَفَ مَالُ الْغَرِيمِ مِنْ جِنْسِ دُيُونِ الْغُرَمَاءِ، وَسَوَاءٌ كَانَ مَالُ الْغُرَمَاءِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ [ب/٣٦٧و] أَجْنَاسٍ مُخْتَلِفَةٍ؛ إِذْ كَانَ لَا يُقْضَى فِي الدُّيُونِ إِلَّا مَا هُوَ مِنْ جِنْسِ الدَّيْنِ إِلَّا أَنْ يَتَّفِقُوا مِنْ ذَلِكَ عَلَى شَيْءٍ يَجُوزُ.

٢٣٥٦ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي فَرْعٍ طَارِئٍ، وَهُوَ إِذَا هَلَكَ مَالُ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ بَعْدَ الْحَجْرِ وَقَبْلَ قَبْضِ الْغُرَمَاءِ؛ [أ/٤١٦ظ] مِمَّنْ مُصِيبَتُهُ؟

(فَقَالَ أَشْهَبُ: مُصِيبَتُهُ مِنَ الْمُفْلِسِ[٣].

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ[٤]: مُصِيبَتُهُ)[٥] مِنَ الْغُرَمَاءِ إِذَا وَقَفَهُ السُّلْطَانُ.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٣٣٤).
(٢) «المقدمات» (٢/ ٣٣٤).
(٣) «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٥٣).
(٤) «عقد الجواهر» (٢/ ٤٥٣).
(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[١]: مَا يُحْتَاجُ إِلَى بَيْعِهِ فَضَمَانُهُ (مِنَ الْغَرِيمِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُبَاعُ عَلَى مِلْكِهِ، وَمَا لَا يُحْتَاجُ إِلَى بَيْعِهِ فَضَمَانُهُ)[٢] مِنَ الْغُرَمَاءِ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ عَيْنًا وَالدَّيْنُ عَيْنًا.

وكُلُّهُمْ رَوَى قَوْلَهُ عَنْ مَالِكٍ[٣].

وَفَرَّقَ أَصْبَغُ بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْفَلَسِ:

فَقَالَ: الْمُصِيبَةُ فِي الْمَوْتِ مِنَ الْغُرَمَاءِ، وَفِي الْفَلَسِ مِنَ الْمُفْلِسِ[٤].

فَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ فِي أُصُولِ أَحْكَامِ الْمُفْلِسِ الَّذِي (لَهُ مِنَ الْمَالِ مَا لَا يَفِي بِدُيُونِهِ.

٢٣٥٧ وَأَمَّا الْمُفْلِسُ الَّذِي)[٥] لَا مَالَ لَهُ أَصْلًا:

فَإِنَّ فُقَهَاءَ الْأَمْصَارِ **مُجْمِعُونَ** عَلَى أَنَّ الْعَدَمَ لَهُ تَأْثِيرٌ فِي إِسْقَاطِ الدَّيْنِ إِلَى وَقْتِ مَيْسَرَتِهِ[٦]، إِلَّا مَا حُكِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ: أَنَّ لَهُمْ أَنْ يُؤَاجِرُوهُ[٧][٨]، وَقَالَ بِهِ أَحْمَدُ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ[٩].

٢٣٥٨ وَكُلُّهُمْ **مُجْمِعُونَ**[١٠] عَلَى أَنَّ الْمَدِينَ إِذَا ادَّعَى الْفَلَسَ، وَلَمْ يُعْلَمْ

(١) «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٥٣).
(٢) ما بين القوسين ليس في (م).
(٣) «تحبير المختصر» (٤/ ١٣٦).
(٤) «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٥٣).
(٥) ما بين القوسين ليس في (م).
(٦) «المقدمات» (٢/ ٣١٥).
(٧) في المطبوع: «يؤاخروه».
(٨) «القوانين الفقهية» (ص٢١٦).
(٩) «مسائل الكوسج» (١٨٨١)، «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (١/ ٣٧٥).
(١٠) وحكى الإجماعَ: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٥٩)، وابن تيمية في «الفتاوى الكبرى» (٥/ ٢٩٣)، قال: «ومن كان قادرًا على وفاء دينه وامتنع أجبر على وفائه بالضرب والحبس، ونص على ذلك الأئمة من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم».
قال: «ولا أعلم فيه نزاعًا».
قال في «الكتاب مع شرحه اللباب» (١/ ١٦٦): «إن لم يعرف للمفلس مالٌ وطلب غرماؤه حبسه، وهو يقول لا مال لي؛ حبسه الحاكم في كل دينٍ التزمه بدلًا عن مال حصل في يده كثمن مبيعٍ وبدل القرض، وفي كل دينٍ التزمه بعقدٍ كالمهر والكفالة، =

صِدْقُهُ أَنَّهُ يُحْبَسُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ صِدْقُهُ أَوْ يُقِرَّ لَهُ بِذَلِكَ صَاحِبُ الدَّيْنِ، فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ خُلِّيَ سَبِيلُهُ.

وَحُكِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ(١): أَنَّ لِغُرَمَائِهِ أَنْ يَدُورُوا مَعَهُ حَيْثُ دَارَ.

وَإِنَّمَا صَارَ الْكُلُّ إِلَى الْقَوْلِ بِالْحَبْسِ فِي الدُّيُونِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَأْتِ فِيه أَثَرٌ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ فِي اسْتِيفَاءِ النَّاسِ حُقُوقَهُمْ (بَعْضِهِمْ مِنْ بَعْضٍ، وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى الْقَوْلِ بِالْقِيَاسِ الَّذِي يَقْتَضِي الْمَصْلَحَةَ)(٢)، وَهُوَ الَّذِي يُسَمَّى بِالْقِيَاسِ الْمُرْسَلِ(٣).

وَقَدْ رُوِيَ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَبَسَ فِي تُهْمَةٍ»، خَرَّجَهُ فِيمَا أَحْسَبُ ـ أَبُو دَاوُدَ(٤).

= ولم يحبسه فيما سوى ذلك كعوض المغصوب وأرش الجنايات إلا أن تقوم البينة أنَّ له مالًا».

وانظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٤٧)، «منح الجليل» (٦/ ٤٩).

وفي «الأم» (٣/ ٢١٢) قال: «وإذا كان للرجل مال يرى في يديه ويظهر منه شيء ثم قام أهل الدَّين عليه فأثبتوا حقوقهم، فإن أخرج مالًا أو وجد له ظاهر يبلغ حقوقهم أعطوا حقوقهم ولم يُحبس، وإن لم يظهر له مال ولم يوجد له ما يبلغ حقوقهم حُبس وبيع في ماله ما قدر عليه من شيء، فإن ذكر حاجة دعا بالبينة عليها، وأَقْبَلُ منه البينة على الحاجة وأن لا شيء له؛ إذا كانوا عدولًا خابرين به قبل الحبس ولا أحبسه».

وينظر: «الحاوي»، للماوردي (٦/ ٣٣٣).

وفي «العدة شرح العمدة» (١/ ٢٢٧): «(وإن ادعى الإعسار: حلف وخُلِّي سبيله)، لأن الأصل الإعسار (إلا أن يعرف له مال قبل ذلك، فلا يقبل قوله إلا ببينة)، لأنَّ الأصل بقاء المال، ويحبس حتى يقيم البينة على نفاد ماله وإعساره، وعليه اليمين مع البينة أنه معسرٌ؛ لأنه صار بهذه البينة كمن لم يعرف له مال».

(١) «مجمع الأنهر» (٢/ ١٦٣). (٢) ما بين القوسين ليس في (م).

(٣) هي المصلحة المرسلة، التي لم يشهد الشارع لها بالاعتبار ولا بالإلغاء بدليلٍ خاص، ويعبر عنها: بالمناسب المرسل والاستصلاح والقياس المرسل.

يُنظر: المستصفى (٢/ ٤٧٨)، «الأحكام»، للآمدي (٤/ ١٩٥)، «نهاية السول» (٢/ ٨٥٩).

(٤) في «السُّنن» (٣٦٣٠). =

[٢٣٥٨/...] وَالْمَحْجُورُونَ عِنْدَ مَالِكٍ(١):

السُّفَهَاءُ، وَالْمُفْلِسُونَ، وَالْعَبِيدُ، وَالْمَرْضَى، وَالزَّوْجَةُ فِيمَا فَوْقَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهُ يَرَى أَنَّ لِلزَّوْجِ حَقًّا فِي الْمَالِ.

وَخَالَفَهُ فِي ذَلِكَ الْأَكْثَرُ.

وَهَذَا الْقَدْرُ كَافٍ بِحَسَبِ غَرَضِنَا فِي هَذَا الْكِتَابِ.

(وَاللهُ الْمُوَفِّقُ لِلصَّوَابِ)(٢).

= وأخرجه الترمذي (١٤١٧)، والنسائي في «المجتبى» (٧/ ٤٥٠، ط: التأصيل)، وفي «الكبرى» (٧٥٢٠)، وأحمد (٥/ ٢)، والطبراني في «الكبير» (١٩/ ٤١٤)، «الأوسط» (١٥٤)، وابن المقرئ فِي «معجمه» (٨٤٣)، وابن عدي في «الكامل» (٢/ ٦٦ و٦٧)، والحاكم في «المستدرك» (١/ ١٢٥) من طريقِ معمر ـ وهو في «جامعه» (١٨٨٩١) ـ بَهْز بْنِ حَكيم، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّه: أنَّ النبيَّ ﷺ حَبَس في تُهَمَةٍ.

قال الترمذيُّ: «وقد روى إسماعيل بن إبراهيم، عن بهز بن حكيم هذا الحديث أتمَّ من هذا وأطول».

وقال الطبرانيُّ: «لَمْ يَرو هَذَا الْحَدِيثَ عَنِ بهز إلا معمر».

(١) «القوانين الفقهية» (ص٢١١).

(٢) من (م).

(بِسْمِ [م/٢٣٨و] اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ)(١)

كِتَابُ الصُّلْحِ(٢)

وَالْأَصْلُ فِي هَذَا الْكِتَابِ: قَوْلُهُ تَعَالَى: [ب/٣٦٧ظ] ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨].

وَمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ مَرْفُوعًا، وَمَوْقُوفًا عَلَى عُمَرَ أَيْضًا: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ؛ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**»(٣).

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) هو لغة: قطعُ المنازعَةِ.
وشرعًا: عقدٌ قاطعٌ لخصومةِ متخاصِمَينِ على وجهٍ خاصٍّ، قاله ابن الملقن في «التدريب»: (٢/ ٩٩).

(٣) أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (٤/ ٤٨)، من طريق محمد بن الحارث البصري، ثني محمد بن عبد الرحمٰن بن البيلماني، عن أبيه، عن ابن عمر مرفوعًا: «المسلمون على شروطهم ما وافق الحق»، وقال: وهذا يروى بإسناد أصلح من هذا بخلاف هذا اللفظ».
ومحمد بن عبد الرحمٰن بن البيلماني منكر الحديث.
وقال ابن عدي: كل ما يرويه ابن البيلماني: فالبلاء فيه منه، وإذا روى عنه محمد بن الحارث فهما ضعيفان.
وقال الحاكم: يروي عن أبيه عن ابن عمر المعضلات.
وأخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠٧)، وابن أبي الدنيا في «الإخلاص والنية» (٨٠)، والدِّينَوري في «المجالسة» (٣٥٣٤)، ووكيع في «أخبار القضاة» (١/ ٧٠ ـ ٧٣، ٢٨٣ ـ ٢٩٣)، وابن القاص في «أدب القاضي» (١/ ١٦٨)، والبيهقي (٦/ ٦٥ و١٠/ ١٠٦، ١١٩، ١٣٥، ١٨٢، ٢٥٣)، في «الخلافيات» (٧/ ٢٥٦ ـ ٢٥٧)، وابن عساكر في «تاريخ دمشق» (٣٢/ ٧٢)، والخطيب في «الفقيه والمتفقه» (١/ ٢٠٠)، وابن حزم في «المحلى» (٩/ ٣٩٩)، وفي «الإحكام» (٢/ ٤٤٢ ـ ٤٤٣ و٧/ ١٤٦ ـ ١٤٧)، =

٢٣٥٩ وَاتَّفَقَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِهِ عَلَى الْإِقْرَارِ(١).

٢٣٦٠ وَاخْتَلَفُوا فِي جَوَازِهِ عَلَى الْإِنْكَارِ:

[أ/٤١٧و] فَقَالَ مَالِكٌ(٢)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣): يَجُوزُ عَلَى الْإِنْكَارِ.

= وابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٢/ ٣١) وابن الجوزي في «تاريخ عمر» (١٣٥) من طريق ابن عيينة، عن إدريس الأودي قال: أتيت سعيد، وفي رواية: أخرج إلينا سعيد بن أبي بُردة عن عمر موقوفًا به.

قال البيهقي: «وهذا الكتاب قد رواه سعيد بن أبي بردة، وروي عن أبي المليح الهذلي أنه رواه».

وقال: «وهو كتاب معروف مشهور، لا بُدَّ للقضاة من معرفته والعمل به».

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في «منهاج السُّنَّة» (٦/ ٧١): «ورسالة عمر المشهورة في القضاء إلى أبي موسى الأشعري تداولها الفقهاء، وبَنَوْا عليها واعتمدوا على ما فيها من الفقه وأصول الفقه، ومن طرقها ما رواه أبو عبيد وابن بطة وغيرهما بالإسناد الثابت عن كثير بن هشام، عن جعفر بن برقان، قال: ....»، وذكرها

وأخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، وأحمد (٢/ ٣٦٦)، وابن الجارود (٦٣٧ و٦٣٨)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ٩٠)، وابن حبان (٥٠٩١)، وابن عدي (٦/ ٢٠٨٨)، والدارقطني (٣/ ٢٧)، والحاكم (٢/ ٤٩ و٤/ ١٠١)، والبيهقي (٦/ ٦٣ و٦٤ ـ ٦٥ و٦٥ و٧٩ و١٦٦ و٧/ ٢٤٩)، وفي «الشعب» (٤٠٣٩)، وفي «الصغرى» (٢١٠٥) من طرق عن كثير بن زيد المدني عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة مرفوعًا: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحًا أحلَّ حرامًا، أو حرَّم حلالًا، والمسلمون على شروطهم».

الحديث ضعفه ابن حزم وعبد الحق، كما في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٣).

(١) وحكى الإجماع: الماوردي في «الحاوي» (٦/ ٣٦٥ ـ ٣٦٦)، وابن قدامة في «المغني» (٧/ ٥٦)، وابن مفلح في «المبدع» (٢/ ١٣٥).

(٢) «التفريع» (٢/ ٢٨٩)، «الكافي» (٢/ ٨٧٨)، «المقدمات» (٢/ ٥١٨)، «مواهب الجليل» (٧/ ٥).

(٣) «المبسوط» (١٦/ ٨٥، ١٨٠)، «بدائع الصنائع» (٧/ ١٥)، «تبيين الحقائق» (٤/ ١٩٠).

وهو مذهب الحنابلة: «المبدع» (٤/ ١٩٦)، «كشاف القناع» (٣/ ٢٧٩)، «شرح المنتهى» (٢/ ١٤١).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[١]: لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ[٢] عَلَى الْإِنْكَارِ؛ لِأَنَّهُ (مَنْ بَابِ)[٣] أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ.

وَالْمَالِكِيَّةُ تَقُولُ فِيهِ عِوَضٌ، وَهُوَ سُقُوطُ الْخُصُومَةِ وَانْدِفَاعُ الْيَمِينِ عَنْهُ.

[٢٣٦٠/...] وَلَا خِلَافَ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ[٤] أَنَّ الصُّلْحَ الَّذِي يَقَعُ عَلَى الْإِقْرَارِ يُرَاعَى فِي صِحَّتِهِ مَا يُرَاعَى فِي الْبُيُوعِ، فَيَفْسُدُ بِمَا تَفْسُدُ بِهِ الْبُيُوعُ مِنْ أَنْوَاعِ الْفَسَادِ الْخَاصِّ بِالْبُيُوعِ، وَيَصِحُّ بِصِحَّتِهِ، وَهَذَا هُوَ مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ إِنْسَانٌ عَلَى آخَرَ دَرَاهِمَ فَيُصَالِحُهُ عَلَيْهَا بَعْدَ الْإِقْرَارِ بِدَنَانِيرَ نَسِيئَةً[٥]، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا مِنَ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ مِنْ قِبَلِ الرِّبَا وَالْغَرَرِ.

وَأَمَّا الصُّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ:

فَالْمَشْهُورُ فِيهِ عَنْ مَالِكٍ[٦]، وَأَصْحَابِهِ: أَنَّهُ يُرَاعَى فِيهِ مِنَ الصِّحَّةِ مَا يُرَاعَى فِي الْبُيُوعِ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ إِنْسَانٌ عَلَى آخَرَ دَرَاهِمَ فَيُنْكِرُ، ثُمَّ يُصَالِحُهُ عَلَيْهَا بِدَنَانِيرَ مُؤَجَّلَةٍ، فَهَذَا لَا يَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ، وَأَصْحَابِهِ.

وَقَالَ أَصْبَغُ[٧]: هُوَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الْمَكْرُوهَ فِيهِ مِنَ الطَّرَفِ الْوَاحِدِ، وَهُوَ مِنْ جِهَةِ الطَّالِبِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَرِفُ[٨] أَنَّهُ أَخَذَ دَنَانِيرَ نَسِيئَةً فِي دَرَاهِمَ حَلَّتْ لَهُ.

وَأَمَّا الدَّافِعُ فَيَقُولُ: هِيَ هِبَةٌ مِنِّي.

وَأَمَّا إِنِ ارْتَفَعَ الْمَكْرُوهُ مِنَ الطَّرَفَيْنِ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ دَنَانِيرَ، أَوْ دَرَاهِمَ فَيُنْكِرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ، ثُمَّ يَصْطَلِحَانِ عَلَى أَنْ

---

(١) «الأم» (٧/ ٤٨٧)، «مختصر المزني» (ص٣٩٨)، «الحاوي الكبير» (٦/ ٣٦٨)، «نهاية المطلب» (١٨/ ٥٩٩).

(٢) ليست في (م).

(٣) مكانها بياض في (م).

(٤) «مناهج التحصيل» (٩/ ٣١)، «مواهب الجليل» (٧/ ٩).

(٥) مكانها بياض في (م).

(٦) «الشرح الصغير» (٢/ ١٥١).

(٧) «الشرح الكبير» (٣/ ٣١٣).

(٨) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لا يعترف».

يُؤَخِّرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ قِبَلَهُ[١] إِلَى أَجَلٍ، فَهَذَا عِنْدَهُمْ هُوَ مَكْرُوهٌ.

أَمَّا كَرَاهِيَتُهُ:

فَمَخَافَةُ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَادِقًا، فَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ أَنْظَرَ صَاحِبَهُ لِإِنْظَارِ الْآخَرِ، فَيَدْخُلُهُ أَسْلِفْنِي، وَأُسْلِفْكَ.

وَأَمَّا وَجْهُ جَوَازِهِ:

فَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ إِنَّمَا يَقُولُ: مَا فَعَلْتُ حَرَامًا[٢]، وإِنَّمَا هُوَ تَبَرُّعٌ مِنِّي، وَمَا كَانَ يَجِبُ عَلَيَّ شَيْءٌ، وَهَذَا النَّحْوُ مِنَ الْبُيُوعِ قِيلَ: إِنَّهُ يَجُوزُ إِذَا وَقَعَ.

وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ[٣]: يُفْسَخُ إِذَا وَقَعَ[٤] عَلَيْهِ أَثَرُ عَقْدِهِ، [ب/٣٦٨و] وَإِنْ طَالَ مَضَى.

٢٣٦١ فَالصُّلْحُ الَّذِي يَقَعُ فِيهِ مِمَّا لَا يَجُوزُ فِي الْبُيُوعِ على مَذْهَبِ مَالِكٍ عَلَى **ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ**[٥]:

(أ) صُلْحٌ يُفْسَخُ بِاتِّفَاقٍ.

(ب) وَصُلْحٌ [أ/٤١٧ظ] يُفْسَخُ بِاخْتِلَافٍ.

(ج) وَصُلْحٌ لَا يُفْسَخُ بِاتِّفَاقٍ إن طَالَ. وَإِنْ لَمْ يَطُلْ: فَفِيهِ خلافٌ.

(تَمَّ بِحَمْدِ اللهِ)[٦].

---

(١) ليست في (م).
(٢) من (م).
(٣) «مواهب الجليل» (٧/ ١٠).
(٤) في (م): «عثر».
(٥) «البيان والتحصيل» (٨/ ٢٨٨)، «المقدمات» (٢/ ٦٦ ـ ٦٧).
وفرَّق الحنفية والحنابلة بين تكييفه في حق المدعي وبينه في حق المدَّعى عليه وقالوا: يكون الصلح على مال المصالح به معاوضة في حق المدعي؛ لأنه يعتقده عوضًا عن حقه؛ فيلزمه حكم اعتقاده، وعلى ذلك: فإن كان ما أخذه المدعي عوضًا عن دعواه شقصًا مشفوعًا، فإنها تثبت فيه الشفعة لشريك المدعى عليه؛ لأنه أخذه عوضًا، كما لو اشتراه.
«مجمع الأنهر» (٢/ ٣٠٨، ٣٠٩)، «البحر الرائق» (٧/ ٢٥٦)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٣١ ـ ٣٣)، «المبدع» (٤/ ٢٨٦)، «المغني» (٤/ ٥٢٩، ٥٣٠)، «منتهى الإرادات» (٢/ ٢٦٤)، «كشاف القناع» (٣/ ٣٨٥).
(٦) من (م).

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ)[١]

كِتَابُ الْكَفَالَةِ[٢]

٢٣٦٢ وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ:

فِي أَنْوَاعِهَا، وَفِي مَحَلِّهَا، وَفِي وَقْتِهَا، وَفِي الْحُكْمِ اللَّازِمِ عَنْهَا[٣]، وَفِي شُرُوطِهَا، وَفِي سَبَبِ[٤] لُزُومِهَا.

وَلَهَا أَسْمَاءٌ:

كَفَالَةٌ، وَحَمَالَةٌ، وَضَمَانٌ، وَزَعَامَةٌ.

فَأَمَّا أَنْوَاعُهَا:

فَنَوْعَانِ:

(١) حَمَالَةٌ بِالنَّفْسِ.

(٢) وَحَمَالَةٌ بِالْمَالِ.

أَمَّا الْحَمَالَةُ بِالْمَالِ:

فَثَابِتَةٌ بِالسُّنَّةِ، وَمُجْمَعٌ عَلَيْهَا مِنَ الصَّدْرِ الْأَوَّلِ وَمِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ[٥].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) هي لُغَة: الضَّم، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]، أَي: ضمَّهَا إِلَى نَفسه. شرعًا: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة. ينظر: «تحفة الفقهاء»، للسمرقندي (٣/ ٢٣٧)، «اللباب في شرح الكتاب»، للمنبجي: (٢/ ١٥٢).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «منها».

(٤) في (م): «صحة».

(٥) وحكى الإجماعَ: ابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص٦٢)، والموصلي في «الاختيار» (٢/ ٢٧٩).

وَحُكِيَ عَنْ قَوْمٍ: أَنَّهَا لَيْسَتْ لَازِمَةً تَشْبِيهًا بِالْعِدَّةِ وَهُوَ شَاذٌّ.

وَالسُّنَّةُ الَّتِي صَارَ إِلَيْهَا الْجُمْهُورُ فِي ذَلِكَ هو قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**الزَّعِيمُ غَارِمٌ**»[1].

وَأَمَّا **الْحَمَالَةُ بِالنَّفْسِ** ـ وَهِيَ الَّتِي تُعْرَفُ بِضَمَانِ الْوَجْهِ:

فَجُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ عَلَى جَوَازِ وُقُوعِهَا شَرْعًا إِذَا كَانَتْ بِسَبَبِ الْمَالِ[2]. [م/٢٣٨ظ].

وَحُكِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ فِي الْجَدِيدِ[3]: أَنَّهَا لَا تَجُوزُ.

وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ[4].

وَحُجَّتُهُمَا:

قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿مَعَاذَ ٱللَّهِ أَن نَّأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَٰعَنَا عِندَهُۥٓ﴾ [يوسف: ٧٩].

وَلِأَنَّهَا كَفَالَةٌ بِنَفْسٍ؛ فَأَشْبَهَتِ الْكَفَالَةَ فِي الْحُدُودِ.

وَحُجَّةُ مَنْ أَجَازَهَا:

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥)، وابن ماجه (٢٣٩٨)، وأحمد (٥/ ٢٦٧)، وعبد الرزاق (١٤٧٩٦ و١٦٣٠٨)، وابن أبي شيبة (٦/ ١٥٤)، وسعيد بن منصور (٤٢٧)، والطيالسي (١١٢٨)، وابن الجارود (١٠٢٣)، والقضاعي في «الشهاب» (٥٠)، وابن عدي (١/ ٢٩٠)، والدارقطني (٣/ ٤١)، والبيهقي (٦/ ٧٢ و٨٨) من طريق إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم الخولاني عن أبي أمامة مرفوعًا به.

وقال الترمذي: «حديث حسن».

(٢) «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٤٤)، «التاج والإكليل» (٥/ ٩٨)، «الحاوي» (٦/ ٤٦٢)، وفيه: «ضعَّف الشافعي كفالة الوجه في موضع، وأجازها في موضع آخر إلا في الحدود. . . . اختلف أصحابنا في مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللهُ لاختلاف ما حكينا عنه، فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وأبو حامد المروزي يقولون: الكفالة في الحدود باطلة وفي الأموال على قولين».

ينظر: «الكافي» (٢/ ١٣٣).

(٣) «الحاوي الكبير» (٦/ ٤٦٢). (٤) «المحلى» (٦/ ٤٠١).

عُمُومُ قَوْلِهِ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ».

وَتَعَلَّقُوا بِأَنَّ فِي ذَلِكَ مَصْلَحَةً، وَأَنَّهُ مَرْوِيٌّ عَنِ الصَّدْرِ الْأَوَّلِ(١).

وَأَمَّا الْحُكْمُ اللَّازِمُ عَنْهَا:

فَجُمْهُورُ الْقَائِلِينَ بِحَمَالَةِ النَّفْسِ مُتَّفِقُونَ عَلَى أَنَّ الْمُتَحَمَّلَ عَنْهُ إِذَا مَاتَ لَمْ يَلْزَمِ الْكَفِيلَ بِالْوَجْهِ شَيْءٌ.

وَحُكِيَ عَنْ بَعْضِهِمْ: لُزُومُ ذَلِكَ.

وَفَرَّقَ ابْنُ الْقَاسِمِ(٢) بَيْنَ أَنْ يَمُوتَ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا، فَقَالَ: إِنْ مَاتَ حَاضِرًا لَمْ يَلْزَمِ الْكَفِيلَ شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ غَائِبًا نُظِرَ، فَإِنْ كَانَتِ الْمَسَافَةُ الَّتِي بَيْنَ الْبَلَدَيْنِ مَسَافَةً يُمْكِنُ الْحَمِيلَ فِيهَا إِحْضَارُهُ فِي الْأَجَلِ الْمَضْرُوبِ لَهُ فِي إِحْضَارِهِ - وَذَلِكَ نَحْوِ الْيَوْمَيْنِ إِلَى الثَّلَاثَةِ - فَفَرَّطَ: غَرِمَ، وَإِلَّا لَمْ يَغْرَمْ.

٢٣٦٣ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا غَابَ الْمُتَحَمَّلُ عَنْهُ مَا حُكْمُ الْحَمِيلِ بِالْوَجْهِ عَلَى **ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ**:

الْقَوْلُ الْأَوَّلُ:

أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَنْ يُحْضِرَهُ أَوْ يَغْرَمَ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ(٣)، وَأَصْحَابِهِ، [ب/٣٦٨ظ] وَأَهْلِ الْمَدِينَةِ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي:

أَنَّهُ يَحْبِسُ الْحَمِيلَ [أ/٤١٨و] إِلَى أَنْ يَأْتِيَ بِهِ أَوْ يَعْلَمَ مَوْتَهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ(٤)، وَأَهْلِ الْعِرَاقِ.

---

(١) «المغني» (٧/ ٧٣).

(٢) «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٤٨١)، «مواهب الجليل» (٧/ ٤٢).

(٣) «مواهب الجليل» (٧/ ٤٤)، «منح الجليل» (٦/ ٤١٢).
وقال الوزير ابن هبيرة: «ومضت السُّنَّة في عهد النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي ﵃؛ أنه لا يحبس على الديون؛ لكن يتلازم الخصمان. وأما الحبس الآن على الدين فلا أعلم أنه يجوز عند أحد من المسلمين». «الإنصاف» (٥/ ٢٠٥).

(٤) «المبسوط» (٢٠/ ١٦١)، «البحر الرائق» (٦/ ٢٣٨).

وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ: أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِهِ إِذَا عَلِمَ مَوْضِعَهُ.

وَمَعْنَى ذَلِكَ: أَنْ لَا يُكَلَّفَ إِحْضَارَهُ إِلَّا مَعَ الْعِلْمِ بِالْقُدْرَةِ عَلَى إِحْضَارِهِ، فَإِنِ ادَّعَى الطَّالِبُ مَعْرِفَةَ مَوْضِعِهِ عَلَى الْحَمِيلِ، وَأَنْكَرَ الْحَمِيلُ؛ كُلِّفَ الطَّالِبُ بَيَانَ ذَلِكَ.

قَالُوا: وَلَا يُحْبَسُ الْحَمِيلُ إِلَّا إِذَا كَانَ الْمُتَحَمَّلُ عَنْهُ مَعْلُومَ الْمَوْضِعِ، فَيُكَلَّفُ حِينَئِذٍ إِحْضَارَهُ.

وَهَذَا الْقَوْلُ حَكَاهُ أَبُو عُبَيْدٍ الْقَاسِمُ بْنُ سَلَامٍ فِي كِتَابِهِ فِي الْفِقْهِ[1]، عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ النَّاسِ وَاخْتَارَهُ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ:

أَنَّ الْمُتَحَمِّلَ بِالْوَجْهِ غَارِمٌ لِصَاحِبِ الْحَقِّ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ الْغُرْمُ إِذَا غَابَ.

وَرُبَّمَا احْتَجَّ لَهُمْ بِمَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: «أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ غَرِيمَهُ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَيْهِ مَالَهُ أَوْ يُعْطِيَهُ حَمِيلًا، فَلَمْ يَقْدِرْ حَتَّى حَاكَمَهُ إِلَى النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فَتَحَمَّلَ عَنْهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ ثُمَّ أَدَّى الْمَالَ إِلَيْهِ»[2].

قَالُوا: فَهَذَا غُرْمٌ فِي الْحَمَالَةِ الْمُطْلَقَةِ.

وَأَمَّا أَهْلُ الْعِرَاقِ:

فَقَالُوا: إِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِحْضَارُ مَا تَحَمَّلَ بِهِ وَهُوَ النَّفْسُ، فَلَيْسَ يَجِبُ أَنْ يُعَدَّى ذَلِكَ إِلَى الْمَالِ إِلَّا لَوْ شَرَطَهُ عَلَى نَفْسِهِ، وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

---

(١) لأبي عبيد كتبٌ كثيرة مفردةٌ في الفقه، منها: كتاب الأحداث، كتاب الحيض، كتاب الطهور، كتاب الحَجْر، وكتاب التفليس، وله غير ذلك مِن الكتب الفقهية، كما في: «الفهرست»: (ص٩٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٢٨)، وابن ماجه (٢٤٠٦)، والطحاوي في «المشكل» (٤٧٧٠)، والحاكم (٢/ ١٠ - ١١، ٢٩ - ٣٠)، والبيهقي (٦/ ٧٤)، والضياء في «المختارة» (٢٢٤)، (٢٢٥).

وأخرجه عبد الرزاق (١٩٧٦٠) عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مرسلًا.

وَالسَّلَامُ: «**الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»(١).

فَإِنَّمَا عَلَيْهِ أَنْ يُحْضِرَه أَوْ يُحْبَسَ فِيهِ، فَكَمَا أَنَّهُ إِذَا ضَمِنَ الْمَالَ فَإِنَّمَا عَلَيْهِ أَنْ يُحْضِرَ الْمَالَ أَو يُحْبَسَ فِيهِ، كَذَلِكَ الْأَمْرُ فِي ضَمَانِ الْوَجْهِ.

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الثَّالِثِ**:

أَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ إِحْضَارُهُ إِذَا كَانَ إِحْضَارُهُ لَهُ مُمْكِنًا، وَحِينَئِذٍ يُحْبَسُ إِذَا لَمْ يُحْضِرْهُ، وَأَمَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّ إِحْضَارَهُ لَهُ غَيْرُ مُمْكِنٍ فَلَيْسَ يَجِبُ عَلَيْهِ إِحْضَارُهُ كَمَا أَنَّهُ إِذَا مَاتَ لَيْسَ عَلَيْهِ إِحْضَارُهُ.

قَالُوا: وَمنْ ضَمِنَ الْوَجْهَ فَأُغْرِمَ الْمَالَ فَهُوَ أَحْرَى أَنْ يَكُونَ مَغْرُورًا (مِنْ أَنْ يَكُونَ غَارًّا)(٢).

٢٣٦٤ فَأَمَّا إِذَا اشْتَرَطَ الْوَجْهَ دُونَ الْمَالِ وَصَرَّحَ بِالشَّرْطِ:

فَقَدْ قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ الْمَالَ لَا يَلْزَمُهُ، وَلَا خِلَافَ فِي هَذَا فِيمَا أَحْسَبُ؛ لِأَنَّهُ كَانَ(٣) يَكُونُ قَدْ أَلْزَمَ ضِدَّ مَا اشْتَرَطَ، فَهَذَا هُوَ حُكْمُ(٤) ضَمَانِ الْوَجْهِ.

وَأَمَّا حُكْمُ ضَمَانِ الْمَالِ:

٢٣٦٥ فَإِنَّ **الْفُقَهَاءَ**(٥) **مُتَّفِقُونَ** [ب/٣٦٩و] عَلَى أَنَّهُ إِذَا عَدِمَ الْمَضْمُونُ أَوْ غَابَ أَنَّ الضَّامِنَ غَارِمٌ(٦).

٢٣٦٦ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا حَضَرَ الضَّامِنُ وَالْمَضْمُونُ، وَكِلَاهُمَا مُوسِرٌ:

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) ما بين القوسين من (م).
(٣) في (م): «قد».
(٤) ليست في (أ).
(٥) في (م): «العلماء».
(٦) «المبسوط» (٢١/ ٦٩)، «البدائع» (٦/ ٤ ـ ١١)، «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٢٤٩)، «جواهر الإكليل» (٢/ ١١١)، «القوانين الفقهية» (٢١٩)، «الكافي» (٢/ ٧٩٤)، «الحاوي» (٦/ ٤٣٦، ٤٤٥)، «المغني (٤/ ٨٤ ـ ٨٥)، «الكافي» (٢/ ١٢٩)، «الروض المربع» (١/ ٢٤٤).

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(١)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٢)]، وَأَصْحَابُهُمَا، وَالثَّوْرِيُّ[(٣)]، وَالْأَوْزَاعِيُّ[(٤)]، وَأَحْمَدُ[(٥)(٦)]، وَإِسْحَاقُ[(٧)]:

لِلطَّالِبِ أَنْ يَأْخُذَ[(٨)] مَنْ شَاءَ الْكَفِيلِ[(٩)]، أَوِ الْمَكْفُولِ. [أ/٤١٨ظ].

وَقَالَ مَالِكٌ[(١٠)] فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْكَفِيلَ مَعَ وُجُودِ الْمُتَكَفَّلِ عَنْهُ.

وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ مِثْلُ قَوْلِ الْجُمْهُورِ[(١١)].

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ[(١٢)]: والْكَفَالَةُ والْحَمَالَةُ وَاحِدَةٌ، وَمَنْ ضَمِنَ (عَنْ رَجُلٍ)[(١٣)] مَالًا: (لَزِمَهُ وَبَرِئَ)[(١٤)] الْمَضْمُونُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَالَ وَاحِدٍ عَلَى اثْنَيْنِ.

وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى[(١٥)]، [م/٢٣٩و] وَابْنُ شُبْرُمَةَ[(١٦)].

وَمِنَ الْحُجَّةِ لِمَن رَأَى أَنَّ الطَّالِبَ يَجُوزُ لَهُ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ؛ كَانَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ غَائِبًا، أَوْ حَاضِرًا، (غَنِيًّا، أَوْ عَدِيمًا)[(١٧)]:

حَدِيثُ قَبِيصَةَ بْنِ الْمُخَارِقِيِّ قَالَ: «تَحَمَّلْتُ حَمَالَةً فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَسَأَلْتُهُ

---

(١) «الحاوي» (٦/ ٤٣٦، ٤٤٥)، «المهذب» (١/ ٣٤١).
(٢) «البدائع» (٦/ ٤ ـ ١١»، «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٢٤٩)، «اللباب» (١/ ٢٠٩)، «شرح فتح القدير» (٧/ ١٨٢).
(٣) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٧٥)، «المغني (٧/ ٨٤).
(٤) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٧٥)، «المغني (٧/ ٨٤).
(٥) ليست في (م).
(٦) «الكافي» (٢/ ١٢٩)، «الروض المربع» (١/ ٢٤٤).
(٧) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٧٥)، «المغني» (٧/ ٨٤).
(٨) في المطبوع: «يؤاخذ».
(٩) في المطبوع: «من الكفيل».
(١٠) «جواهر الإكليل» (٢/ ١١١)، «القوانين الفقهية» (٢١٩)، «الكافي» (٢/ ٧٩٤).
(١١) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٧٥).
(١٢) «المغني» (٧/ ٨٤).
(١٣) في (م): «رجلا».
(١٤) في (م): «يلزمه ويوفي».
(١٥) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٧٥)، «المغني (٧/ ٨٤).
(١٦) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٧٥).
(١٧) ليست في (م).

عَنْهَا، فَقَالَ: **نُخْرِجُهَا عَنْكَ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ يَا قَبِيصَةُ، إِنَّ الْمَسْأَلَةَ (لَا تَحِلُّ إِلَّا فِي ثَلَاثٍ، وَذَكَرَ رَجُلًا)[١] تَحَمَّلَ حَمَالَةَ رَجُلٍ حَتَّى يُؤَدِّيَهَا»[٢].**

وَوَجْهُ الدَّلِيلِ مِنْ هَذَا أن النَّبِيّ ﷺ أَبَاحَ الْمَسْأَلَةَ لِلْمُتَحَمِّلِ دُونَ اعْتِبَارِ حَالِ[٣] الْمُتَحَمَّلِ عَنْهُ.

وَأَمَّا مَحِلُّ الْكَفَالَةِ:

فَهِيَ الْأَمْوَالُ عِنْدَ جُمْهُورِ أَهْلِ الْعِلْمِ.

لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الزَّعِيمُ غَارِمٌ**»[٤] ـ أَعْنِي: كَفَالَةَ الْمَالِ (وَكَفَالَةَ الْوَجْهِ)[٥] ـ وَسَوَاءٌ تَعَلَّقَتِ الْأَمْوَالُ مِنْ قِبَلِ أَمْوَالٍ، أَوْ مِنْ قِبَلِ حُدُودٍ، مِثْلُ الْمَالِ الْوَاجِبِ فِي قَتْلِ الْخَطَأ، أَوِ الصُّلْح فِي قَتْلِ الْعَمْدِ، أَوِ السَّرِقَةِ الَّتِي لَيْسَ يَتَعَلَّقُ بِهَا قَطْعٌ، وَهِيَ مَا دُونَ النِّصَابِ، أَوْ مِنْ غَيْرِ ذَلِكَ.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ:

إِجَازَةُ الْكَفَالَةِ[٦] فِي (الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، أَوْ فِي)[٧] الْقِصَاصِ دُونَ الْحُدُودِ وَهُوَ قَوْلُ عُثْمَانَ الْبَتِّيِّ[٨] ـ أَعْنِي: كَفَالَةَ النَّفْسِ.

وَأَمَّا وَقْتُ وُجُوبِ الْكَفَالَةِ بِالْمَالِ ـ أَعْنِي: مُطَالَبَتَهُ بِالْكَفِيلِ:

٢٣٦٧ **فَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى أَنَّ ذَلِكَ بَعْدَ ثُبُوتِ الْحَقِّ عَلَى الْمَكْفُولِ: إِمَّا بِإِقْرَارٍ وَإِمَّا بِبَيِّنَةٍ[٩].

وَأَمَّا وَقْتُ وُجُوبِ الْكَفَالَةِ بِالْوَجْهِ:

---

(١) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

(٢) أخرجه مسلم (١٠٤٤).

(٣) ليست في (أ).

(٤) تقدم.

(٥) ليست في (م).

(٦) «اللباب» (١/ ٢٠٩)، «شرح فتح القدير» (٧/ ١٨٢).

(٧) ما بين القوسين ليس في (م).

(٨) «الاستذكار» (٢٢/ ٧٧).

(٩) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص٦٢)، وابن قدامة في «المغني» (٧/ ٧٤).

٢٣٦٨ **فَاخْتَلَفُوا** هَلْ تَلْزَمُ قَبْلَ إِثْبَاتِ الْحَقِّ أَمْ لَا؟

فَقَالَ قَوْمٌ:

إِنَّهَا لَا تَلْزَمُ قَبْلَ إِثْبَاتِ الْحَقِّ بِوَجْهٍ [ب/٣٦٩ظ] مِنَ الْوُجُوهِ، وَهُوَ قَوْلُ شُرَيْحٍ الْقَاضِي، وَالشَّعْبِيِّ، وَبِهِ قَالَ سَحْنُونٌ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ.

وَقَالَ قَوْمٌ:

بَلْ يَجِبُ أَخْذُ الْكَفِيلِ بِالْوَجْهِ عَلَى إِثْبَاتِ الْحَقِّ.

[٢٣٦٨/...] وَهَؤُلَاءِ **اخْتَلَفُوا** مَتَى[١] يَلْزَمُ ذَلِكَ؟ وَإِلَى كَمْ مِنَ الْمُدَّةِ يَلْزَمُ؟

فَقَالَ قَوْمٌ:

إِنْ أَتَى بِشُبْهَةٍ قَوِيَّةٍ مِثْلِ شَاهِدٍ وَاحِدٍ لَزِمَهُ أَنْ يُعْطِيَ ضَامِنًا بِوَجْهِهِ حَتَّى يَلُوحَ حَقُّهُ، وَإِلَّا لَمْ يَلْزَمْهُ الْكَفِيلُ إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ بَيِّنَةً حَاضِرَةً فِي الْمِصْرِ، فَيُعْطِيهِ حَمِيلًا مِنَ الْخَمْسَةِ [أ/٤١٩و] الْأَيَّامِ إِلَى الْجُمُعَةِ.

وهذا قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ[٢] مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ.

وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ[٣]: لَا يُؤْخَذُ عَلَيْهِ[٤] حَمِيلٌ قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ؛ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ بَيِّنَةً حَاضِرَةً فِي الْمِصْرِ نَحْوَ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ، إِلَّا أَنَّهُمْ حَدُّوا[٥] ذَلِكَ بِالثَّلَاثَةِ الْأَيَّامِ وَلَو يَقُولُوا: إِنَّهُ إِنْ أَتَى بِشُبْهَةٍ لَزِمَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ حَمِيلًا حَتَّى تثبت دَعْوَاهُ أَوْ تَبْطُلَ.

وَقَدْ أَنْكَرُوا الْفَرْقَ فِي ذَلِكَ وَالْفَرْقَ بَيْنَ الَّذِي يَدَّعِي الْبَيِّنَةَ الْحَاضِرَةَ أو الْغَائِبَةَ، وَقَالُوا: لَا يُؤْخَذُ حَمِيلٌ عَلَى أَحَدٍ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَذَلِكَ مُصَيِّرٌ[٦] إِلَى بَيَانِ صِدْقِ دَعْوَاهُ أَوْ إِبْطَالِهَا.

---

(١) في (م): «هل».

(٢) «الجامع لمسائل المدونة» (١٨/ ٩١)، «الشرح الكبير» (٣/ ٣٣٧).

(٣) «شرح فتح القدير» (٧/ ١٨٦).

(٤) في المطبوع: «عليهم».

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «حددوا».

(٦) ليست في (م).

وَسَبَبُ هَذَا الِاخْتِلَافِ:

تَعَارُضُ وَجْهِ الْعَدْلِ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي ذَلِكَ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُوجَدْ(١) عَلَيْهِ ضَامِنٌ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لَمْ يُؤْمَنْ أَنْ يَغِيبَ بِوَجْهِهِ فَيَغِيبُ(٢) طَالِبُهُ، وَإِذَا أُخِذَ عَلَيْهِ حَمِيلٌ لَمْ يُؤْمَنْ أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى بَاطِلَةً فَيَغِيبُ(٣) الْمَطْلُوبُ، وَلِهَذَا فَرَّقَ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ دَعْوَى الْبَيِّنَةِ الْحَاضِرَةِ وَالْغَائِبَةِ.

وَرُوِيَ، عَنْ عَرَاكِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ: «أَقْبَلَ نَفَرٌ مِنَ الْأَعْرَابِ مَعَهُمْ ظَهْرٌ، فَصَحِبَهُمْ رَجُلَانِ فَبَاتَا مَعَهُمْ، فَأَصْبَحَ الْقَوْمُ وَقَدْ فَقَدُوا كَذَا مِنْ إِبِلِهِمْ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ لِأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ: **اذْهَبْ واطْلُبْ، وَحَبَسَ الْآخَرَ، فَجَاءَ بِمَا ذَهَبَ،** فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ لِأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ: **اسْتَغْفِرْ لِي،** فَقَالَ: غَفَرَ اللهُ لَكَ، قَالَ: **وَأَنْتَ فَغَفَرَ(٤) اللهُ لَكَ وَقَتَلَكَ فِي سَبِيلِهِ**»(٥).

خَرَّجَ هَذَا الْحَدِيثَ أَبُو عُبَيْدٍ فِي كِتَابِهِ فِي «الْفِقْهِ».

قَالَ: وَحَمَلَهُ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ كَانَ مِنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ حَبْسًا قَالَ: وَلَا يُعْجِبُنِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ الْحَبْسُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى، وَإِنَّمَا هُوَ عِنْدِي مِنْ بَابِ الْكَفَالَةِ بِالْحَقِّ الَّذِي لَمْ يَجِبْ إِذ كَانَتْ هُنَالِكَ شُبْهَةٌ لِمَكَانِ صُحْبَتِهِمَا لَهُمْ.

فَأَمَّا أَصْنَافُ الْمَضْمُونِينَ:

فَلَيْسَ يَلْحَقُ مِنْ قِبَلِ ذَلِكَ اخْتِلَافٌ مَشْهُورٌ، لِاخْتِلَافِهِمْ فِي ضَمَانِ الْمَيِّتِ [م/ ٢٣٩ظ] إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً بِدَيْنِهِ:

فَأَجَازَهُ مَالِكٌ(٦)، وَالشَّافِعِيُّ(٧).

---

(١) في المطبوع: «يؤخذ».
(٢) في المطبوع: «فيعنت».
(٣) في المطبوع: «فيعنت».
(٤) في (م): «يغفر».
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) «الذخيرة» (٧/ ٢٤٢)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٢٦).
(٧) «فتح العزيز» (١٠/ ٢٥٨)، «النجم الوهاج» (٤/ ٤٨٦).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَجُوزُ[١].

وَاسْتَدَلَّ أَبُو حَنِيفَةَ مِنْ قِبَلِ أَنَّ الضَّمَانَ (لَا يَتَعَلَّقُ بِمَعْدُومٍ[٢] قَطْعًا، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْمُفْلِسُ.

وَاسْتَدَلَّ مَنْ رَأَى أَنَّ الضَّمَانَ)[٣] يَلْزَمُهُ:

بِمَا رُوِيَ: «أَنَّ النَّبِيَّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ كَانَ فِي صَدْرِ الْإِسْلَامِ لَا يُصَلِّي عَلَى مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، حَتَّى يُضْمَنَ عَنْهُ»[٤].

وَالْجُمْهُورُ: يَصِحُّ عِنْدَهُمْ كَفَالَةُ الْمَحْبُوسِ وَالْغَائِبِ[٥]. [أ/٢١٩ظ]

وَلَا يَصِحُّ[٦] عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ[٧].

وَأَمَّا شُرُوطُ الْكَفَالَةِ:

فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ[٨] وَالشَّافِعِيَّ[٩] يَشْتَرِطَانِ فِي وُجُوبِ رُجُوعِ الضَّامِنِ عَلَى الْمَضْمُونِ بِمَا أَدَّى عَنْهُ أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ بِإِذْنِهِ، وَمَالِكٌ لَا يَشْتَرِطُ ذَلِكَ.

وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ: كَفَالَةُ الْمَجْهُولِ[١٠]، وَلَا الْحَقُّ الَّذِي لَمْ يَجِبْ بَعْدُ.

وَكُلُّ ذَلِكَ لَازِمٌ وَجَائِزٌ عِنْدَ مَالِكٍ[١١]، وَأَصْحَابِهِ.

---

(١) «المبسوط» (٢٠/ ١٢٨)، «تبيين الحقائق» (٦/ ١٥٧).

(٢) في المطبوع: «بمعلوم».

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) أخرجه البخاريُّ (٢٢٩٨)، ومسلمٌ (١٦١٩).

(٥) «القوانين الفقهية» (ص٢١٤)، «المغني» (٧/ ٩٨)، «الشرح الكبير» (٥/ ٩٩)، «حاشية الباجوري» (١/ ٣٨٢)، «أسنى المطالب» (٢/ ٢٤١).

(٦) في (م): «ولا تصح».

(٧) «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٣٠٨)، «الهداية» (٣/ ٧٢ ـ ٧٤).

(٨) «بدائع الصنائع» (٦/ ١١)، «تبيين الحقائق» (٤/ ١٥٦).

(٩) «البيان» (٦/ ٣٣٤)، «فتح العزيز» (١٠/ ٣٦٠).

(١٠) «فتح العزيز» (١٠/ ٣٦٠).

(١١) «منح الجليل» (٣/ ٢٦٠).

٢٣٦٩ وَأَمَّا مَا يَجُوزُ فِيهِ الْحَمَالَةُ بِالْمَالِ مِمَّا لَا يَجُوزُ:

فَإِنَّهَا تَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ[١] بِكُلِّ ثَابِتٍ فِي الذِّمَّةِ إِلَّا الْكِتَابَةَ، وَمَا لَا يَجُوزُ فِيهِ التَّأْخِيرُ، وَمَا يَسْتَحِقُّ مِنْهُ[٢] شَيْئًا فَشَيْئًا، مِثْلَ النَّفَقَاتِ عَلَى الْأَزْوَاجِ.

(تَمَّ بِحَمْدِ اللهِ)[٣] [ب/ ٣٧٠و].

❁ ❁ ❁

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٣٤٠)، «منح الجليل» (٣/ ٢٦١).
(٢) ليست في (م).
(٣) من (م).

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيم
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيْمًا)[١]

كِتَابُ الْحَوَالَةِ[٢]

وَالْحَوَالَةُ:

مُعَامَلَةٌ صَحِيحَةٌ مُسْتَثْنَاةٌ مِنَ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ، لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى غَنِيٍّ[٣] فَلْيَسْتَحِلْ**»[٤].

وَالنَّظَرُ فِي شُرُوطِهَا، وَفِي حُكْمِهَا.

فَمِنَ الشُّرُوطِ:

٢٣٧٠ اخْتِلَافُهُمْ فِي اعْتِبَارِ رِضَا الْمُحَالِ، وَالْمُحَالِ عَلَيْهِ:

(أ) فَمِنَ النَّاسِ مَنِ اعْتَبَرَ رِضَا الْمُحَالِ وَلَمْ يَعْتَبِرِ رِضَا الْمُحَال عَلَيْهِ. وَهُوَ مَالِكٌ[٥].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) مشتقة من التحول، لأنها تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المُحال عليه، ويقال: حال على الرجل، وأحال عليه بمعنى. «لسان العرب» (٢/ ١٠٥٨)، مادة: (حول).
وعرَّفها **المالكية** بأنها: نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى. «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٢٥).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ملي».

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٥٦٤).

(٥) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٤/ ١٧١)، «فتح القدير» (٧/ ٢٣٩)، «البحر الرائق» (٦/ ٢٦٩)، «الشرح الكبير» (٣/ ٣٢٥)، «الخرشي» (٦/ ١٦)، «مواهب الجليل» (٥/ ٩٠)، «الحاوي» (٦/ ٤١٨)، «المهذب» (١/ ٣٣٨)، «الشرح الكبير»، للرافعي (١٠/ ٣٣٧)، «كشاف القناع» (٣/ ٣٨٦).

(ب) (وَمِنَ النَّاسِ مَنِ اعْتَبَرَ رِضَاهُمَا مَعًا)[١].

ومِنَ النَّاسِ مَنْ لَمْ يَعْتَبِرْ رِضَا الْمُحَالِ، (وَاعْتَبَرَ رِضَا الْمُحَالِ)[٢] عَلَيْهِ.

وَهُوَ نَقِيضُ مَذْهَبِ مَالِكٍ، وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ[٣].

فَمَنْ رَأَى أَنَّهَا مُعَامَلَةٌ اعْتَبَرَ رِضَا الصِّنْفَيْنِ، وَمَنْ أَنْزَلَ الْمُحَالَ عَلَيْهِ مِنَ الْمُحَالِ مَنْزِلَتَهُ مِنَ الْمُحِيلِ لَمْ يَعْتَبِرْ رِضَاهُ مَعَهُ، كَمَا لَا يَعْتَبِرُهُ مَعَ الْمُحِيلِ؛ أعني: إِذَا طَلَبَ مِنْهُ حَقَّهُ وَلَمْ يُحِلْ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا دَاوُدُ: فَحُجَّتُهُ ظَاهِرُ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «**وإِذَا أُحِيلَ[٤] أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ**»[٥].

وَالْأَمْرُ عَلَى الْوُجُوبِ، وَبَقِيَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ عَلَى الْأَصْلِ، وَهُوَ اشْتِرَاطُ اعْتِبَارِ رِضَاهُ.

وَمِنَ الشُّرُوطِ الَّتِي اتُّفِقَ عَلَيْهَا فِي الْجُمْلَةِ:

كَوْنُ مَا عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ مُجَانِسًا لِمَا عَلَى الْمُحِيلِ قَدْرًا وَوَصْفًا، إِلَّا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ أَجَازَهَا فِي الذَّهَبِ وَالدَّرَاهِمِ فَقَطْ، وَمَنَعَهَا فِي الطَّعَامِ.

(وَالَّذِينَ مَنَعُوهَا فِي ذَلِكَ رَأَوْا أَنَّهَا مِنْ بَابِ بَيْعِ الطَّعَامِ)[٦] قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى؛ لِأَنَّهُ بَاعَ الطَّعَامَ الَّذِي كَانَ عَلَى غَرِيمِهِ بِالطَّعَامِ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ مِنْ غَرِيمِهِ.

وَأَجَازَ ذَلِكَ مَالِكٌ إِذَا كَانَ الطَّعَامَانِ كِلَاهُمَا مِنْ قَرْضٍ إِذَا كَانَ دَيْنُ الْمُحَالِ حَالًّا. وَأَمَّا إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مِنْ سَلَمٍ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الدَّيْنَانِ حَالَّيْنِ.

وَعِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ[٧] وَغَيْرِهِ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ: يَجُوزُ ذَلِكَ [أ/ ٤٢٠و] إِذَا كَانَ الدَّيْنُ الْمُحَالُ بِهِ حَالًّا.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م). (٢) من (م).
(٣) «المغني» (٧/ ٣٣٩)، «المحلى» مسألة (١٢٢٧).
(٤) في (م): «حيل». (٥) تقدم تخريجه.
(٦) ما بين القوسين ليس في (أ). (٧) «الشرح الكبير» (٣/ ٣٢٥).

وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ ذَلِكَ الشَّافِعِيُّ؛ لِأَنَّهُ كَالْبَيْعِ فِي ضَمَانِ الْمُسْتَقْرِضِ.

وَإِنَّمَا رَخَّصَ مَالِكٌ[١] فِي الْقَرْضِ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَهُ بَيْعُ الْقَرْضِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ[٢]: فَأَجَازَ الْحَوَالَةَ بِالطَّعَامِ، وَشَبَّهَهَا بِالدَّرَاهِمِ، وَجَعَلَهَا خَارِجَةً عَنِ الْأُصُولِ كَخُرُوجِ الْحَوَالَةِ بِالدَّرَاهِمِ.

وَالْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَنَّ مَا شَذَّ عَنِ الْأُصُولِ هَلْ يُقَاسُ عَلَيْهِ أَمْ لَا؟

وَالْمَسْأَلَةُ مَشْهُورَةٌ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ[٣].

٢٣٧١ وَلِلْحَوَالَةِ عِنْدَ مَالِكٍ ثَلَاثَةُ شُرُوطٍ[٤]:

أَحَدُهَا:

أَنْ يَكُونَ دَيْنُ الْمُحَالِ حَالًّا؛ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ حَالًّا كَانَ دَيْنًا بِدَيْنٍ.

وَالثَّانِي:

أَنْ يَكُونَ الدَّيْنُ الَّذِي يُحِيلُهُ[٥] بِهِ مِثْلَ الَّذِي يُحِيلُهُ عَلَيْهِ فِي الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَا[٦] فِي أَحَدِهِمَا [م/ ٢٤٠و] كَانَ بَيْعًا وَلَمْ يَكُنْ حَوَالَةً، فَخَرَجَ مِنْ بَابِ الرُّخْصَةِ إِلَى بَابِ الْبَيْعِ، وَإِذَا خَرَجَ إِلى بَابِ الْبَيْعِ دَخَلَهُ الدَّيْنُ بِالدَّيْنِ.

وَالشَّرْطُ الثَّالِثُ:

أَنْ لَا يَكُونَ الدَّيْنَانِ طَعَامًا مِنْ سَلَمٍ أَوْ أَحَدِهِمَا، وَلَمْ يَحُلَّ الدَّيْنُ الْمُسْتَحَالُّ بِهِ عَلَى مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ[٧].

٢٣٧٢ وَإِذَا كَانَ الطَّعَامَانِ [ب/ ٣٧٠ظ] جَمِيعًا مِنْ سَلَمٍ:

---

(١) «الشرح الكبير» (٣/ ٣٢٧)، «مواهب الجليل» (٥/ ٩٠).

(٢) «فتح القدير» (٧/ ٢٤٠)، «البحر الرائق» (٦/ ٢٦٩).

(٣) ينظر: «التلخيص»، للجويني: (٣/ ٣١٧).

(٤) «المقدمات» (٢/ ٤٠٤).

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يجب له».

(٦) في (م): «اختلف».

(٧) «التاج والإكليل» (٧/ ٢٤).

فَلَا تَجُوزُ الْحَوَالَةُ بِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ، حَلَّتِ الْآجَالُ أَوْ لَمْ تَحِلَّ، أَوْ حَلَّ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَحِلَّ الْآخَرُ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُهُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى كَمَا قُلْنَا.

لَكِنَّ أَشْهَبَ[(١)] يَقُولُ: إِنِ اسْتَوَتْ رُءُوسُ أَمْوَالِهِمَا جَازَتِ الْحَوَالَةُ وَكَانَتْ تَوْلِيَةً.

وَابْنُ الْقَاسِمِ[(٢)] لَا يَقُولُ ذَلِكَ كَالْحَالِ إِذَا اخْتَلَفَتْ، وَيَتَنَزَّلُ الْمُحَالُ فِي الدَّيْنِ الَّذِي أُحِيلَ عَلَيْهِ مَنْزِلَةَ مَنْ أَحَالَهُ وَمَنْزِلَتَهُ[(٣)] فِي الدَّيْنِ الَّذِي أَحَالَهُ بِهِ[(٤)]، وَذَلِكَ فِيمَا يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ بَدَلَهُ مِنْهُ أَوْ يَبِيعَهُ[(٥)] ـ أَعْنِي: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا مَا يَجُوزُ لَهُ مَعَ الَّذِي أَحَالَهُ وَمَا يَجُوزُ لِلَّذِي أَحَالَه مَعَ الَّذِي أَحَالَهُ عَلَيْهِ ـ.

وَمِثَالُ ذَلِكَ:

إِنِ احْتَالَ بِطَعَامٍ كَانَ لَهُ مِنْ قَرْضٍ فِي طَعَامٍ مِنْ سَلَمٍ، أَوْ بِطَعَامٍ مِنْ سَلَمٍ فِي طَعَامٍ مِنْ قَرْضٍ:

لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ غَيْرِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ احْتَالَ بِطَعَامٍ كَانَ مِنْ قَرْضٍ فِي طَعَامٍ مِنْ سَلَمٍ: نَزَلَ مَنْزِلَةَ الْمُحِيلِ فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ مَا عَلَى غَرِيمِهِ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ لِكَوْنِهِ طَعَامًا مِنْ بَيْعٍ، وَإِنْ كَانَ احْتَالَ بِطَعَامٍ مِنْ سَلَمٍ فِي طَعَامٍ مِنْ قَرْضٍ: نَزَلَ مِنَ الْمُحْتَالِ[(٦)] عَلَيْهِ مَنْزِلَتَهُ مَعَ [أ/ ٤٢٠ظ] مَنْ أَحَالَهُ ـ أَعْنِي: أَنَّهُ مَا كَانَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَبِيعَ الطَّعَامَ الَّذِي كَانَ عَلَى غَرِيمِهِ الْمُحِيلِ لَهُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ، كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ الطَّعَامَ الَّذِي أُحِيلَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ قَرْضٍ ـ وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ مَالِكٍ (فِي الْمُحِيلِ)[(٧)]، وَأَدِلَّةُ هَذِهِ الْفُرُوقِ ضَعِيفَةٌ.

وَأَمَّا حُكْمُهَا:

---

(١) «التاج والإكليل» (٧/ ٢٤).
(٢) «التاج والإكليل» (٧/ ٢٤).
(٣) من (م).
(٤) في (م): «عليه».
(٥) زاد في المطبوع: «له من غيره».
(٦) في (م): «المحال».
(٧) من (م).

فَإِنَّ جُمْهُورَ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّ الْحَوَالَةَ ضِدُّ الْحَمَالَةِ فِي أَنَّهُ إِذَا أَفْلَسَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ لَمْ يَرْجِعْ صَاحِبُ الدَّيْنِ عَلَى الْمُحِيلِ بِشَيْءٍ.

قَالَ مَالِكٌ[1]، وَأَصْحَابُهُ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَرَّهُ الْمُحِيلُ فَأَحَالَهُ عَلَى عَدِيمٍ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[2]: يَرْجِعُ صَاحِبُ الدَّيْنِ عَلَى الْمُحِيلِ إِذَا مَاتَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا، أَوْ جَحَدَ الْحَوَالَةَ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ، وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ[3]، وَعُثْمَانُ الْبَتِّيُّ[4]، وَجَمَاعَةٌ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: مُشَابَهَةُ الْحَوَالَةِ لِلْحَمَالَةِ.

(كَمُلَ كِتَابُ الْحَوَالَةِ؛ بِحَمْدِ اللهِ، وَحُسْنِ عَوْنِهِ)[5].

۞ ۞ ۞

---

(١) «الذخيرة» (٩/ ٢٤٩)، «الاستذكار» (٢٢/ ٢٧٣)، «الخرشي» (٦/ ١٩، ٢٠)، «الشرح الكبير» (٣/ ٣٢٨)، «التاج والإكليل» (٥/ ٩٤، ٩٥)، «القوانين الفقهية» (ص٢١٥).
قال ابن عبد البر: «والذي عليه مالك وأصحابه في الحوالة ما ذكره في الموطأ... إذا غره من فلس علمه فإنه يرجع عليه كالحمالة».

(٢) «بدائع الصنائع» (٦/ ١٨)، «العناية شرح الهداية» (٧/ ٢٤٥)، «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» (٤/ ١٧٢، ١٧٣)، «البحر الرائق» (٦/ ٢٦٧، ٢٧٢)، «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٣٤٥).

(٣) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٧٣).

(٤) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٧٣).

(٥) ما بين القوسين ليس في (م).

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ (وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)(١)

كِتَابُ الْوَكَالَةِ(٢)

وَفِيهَا ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ:

الْبَابُ الْأَوَّلُ: فِي أَرْكَانِهَا، وَهِيَ النَّظَرُ فِيمَا فِيهِ التَّوْكِيلُ، وَفِي الْوَكِيلِ، وَالْمُوَكِّلِ.

الثَّانِي: فِي أَحْكَامِ الْوَكَالَةِ.

الثَّالِثُ: فِي مُخَالَفَةِ الْمُوَكِّلِ لِلْوَكِيلِ.

الْبَابُ الْأَوَّلُ:

الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: [ب/ ٣٧١و] فِي الْمُوَكِّلِ.

٢٣٧٣ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى وَكَالَةِ الْغَائِبِ وَالْمَرِيضِ وَالْمَرْأَةِ الْمَالِكِينَ لِأَمْرِ أَنْفُسِهِمْ(٣).

٢٣٧٤ **وَاخْتَلَفُوا** فِي وَكَالَةِ الْحَاضِرِ الذَّكَرِ الصَّحِيحِ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) الوَكَالة لغة: الحفظ، وفيه: ﴿وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَكِيلًا ۝٣﴾ [الأحزاب: ٣]، أو الكفالة والضمان، قال تعالى: ﴿أَلَّا تَتَّخِذُواْ مِن دُونِي وَكِيلًا ۝٢﴾ [الإسراء: ٢]. قيل: حافظًا. وقيل: كفيلًا.

وشرعًا: بأنها نيابةٌ فيما لا تتعين فيه المباشرة. «التوضيح»، لابن الحاجب (٦/ ٣٨١).

(٣) وحكى الإجماع: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص٨٠)، والقرطبي فِي «تفسيره» (١٠/ ٣٧٦)، وابن جزي فِي «القوانين الفقهية» (ص٢١٥).

فَقَالَ مَالِكٌ(١): تَجُوزُ وَكَالَةُ الصَّحِيحِ الْحَاضِرِ الذَّكَرِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(٢).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٣): لَا تَجُوزُ وَكَالَةُ الصَّحِيحِ الْحَاضِرِ الذَّكَرِ(٤) وَلَا الْمَرْأَةِ؛ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِعُذْرٍ(٥).

فَمَنْ رَأَى أَنَّ الْأَصْلَ أَلَّا يَنُوبُ فِعْلُ الْغَيْرِ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ إِلَّا مَا دَعَتْ إِلَيْهِ الضَّرُورَةُ وَانْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ عَلَيْهِ قَالَ: لَا يَجُوزُ نِيَابَةُ مَنِ اخْتُلِفَ فِي نِيَابَتِهِ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْجَوَازُ قَالَ: الْوَكَالَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ جَائِزَةٌ إِلَّا فِيمَا أُجْمِعَ عَلَى أَنَّهُ لَا تَصِحُّ فِيهِ مِنَ الْعِبَادَاتِ وَمَا جَرَى مَجْرَاهَا(٦).

---

(١) «التفريع» (٢/ ٣١٦)، «المعونة» (٢/ ١٢٣٧)، «مواهب الجليل» (٥/ ٢٠١).

(٢) «المزني» (ص١٠٩)، «الحاوي» (٦/ ٥٠٣).
وأخرج البخاري (٦٧٦٩)، ومسلم (١٦٦٩) من طريق عن أبي ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمٰن بن سهل، عن سهل ابن أبي حثمة؛ أنه أخبره هو ورجال من كبراء قومه: أن عبد الله بن سهل ومحيِّصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهم، فأُخبر محيِّصة أن عبد الله قتل وطرح في فقير أو عين فأتى يهود؛ فقال: أنتم والله قتلتموه، قالوا: ما قتلناه والله، ثم أقبل حتى قدم على قومه فذكر لهم، فأقبل هو وأخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمٰن بن سهل، فذهب ليتكلم وهو الذي كان بخيبر، فقال النبي ﷺ لمحيصة: «**كبِّر كبِّر**». يريد السن فتكلم حويصة، ثم تكلم محيصة، فقال رسول الله ﷺ: «**إما أن يدوا صاحبكم، وإما أن يؤذنوا بحرب...**».
قال الإمام الماوردي: «فلو كانت وكالة الحاضر غير جائزة لأنكرها حتى يبتدئ الولي بها، ألا تراه أنكر على محيصة حين ابتدأ بالكلام قبل حويصة، وقال له: «كبر كبر»، وليس تقديم الأكبر بواجب، وإنما هو أدب فكيف يكف عن إنكار ما هو واجب؟!».

(٣) «اللباب» (٢/ ١٣٩)، «الاختيار» (٢/ ١٥٧)، «تبيين الحقائق» (٤/ ٢٥٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٦٨).

(٤) من (م).

(٥) في (م): «ضرورة».

(٦) وحكى الإجماعَ: ابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص٦٢)، وأبو الحسن ابن القطان في «الإقناع» (٢/ ١٥٧).
وفي «الذخيرة» (٨/ ٥): «الركن الثالث: ما فيه التوكيل، في الجواهر: له شرطان؛ **الشرط الأول**، قال: أن يكون قابلًا للنيابة، وهو ما لا يتعين بحكمه مباشرة كالبيع =

الرُّكْنُ الثَّانِي: [م/ ٢٤٠ظ] فِي الْوَكِيلِ.

وَشَرْطُ الْوَكِيلِ: أَنْ لَا يَكُونَ مَمْنُوعًا بِالشَّرْعِ مِنْ تَصَرُّفِهِ فِي الشَّيْءِ الَّذِي وُكِّلَ فِيهِ، فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ الصَّبِيِّ وَلَا الْمَجْنُونِ وَلَا الْمَرْأَةِ، عِنْدَ مَالِكٍ(١) وَالشَّافِعِيِّ(٢)، عَلَى عَقْدِ النِّكَاحِ.

أَمَّا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ: فَلَا مُبَاشَرَةً وَلَا بِوَاسِطَةٍ؛ أَيْ: بِأَنْ تُوَكِّلَ هِيَ مَنْ يَلِي عَقْدَ النِّكَاحِ. وَيَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ بِالْوَاسِطَةِ الذَّكَرُ. [أ/ ٤٢١و]

الرُّكْنُ الثَّالِثُ: فِيمَا فِيهِ التَّوْكِيلُ.

وَشَرْطُ مَحَلِّ التَّوْكِيلِ: أَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِلنِّيَابَةِ، مِثْلَ الْبَيْعِ وَالْحَوَالَةِ وَالضَّمَانِ وَسَائِرِ الْعُقُودِ وَالْفُسُوخِ وَالشَّرِكَةِ وَالْوَكَالَةِ وَالْمُضَارَبَةِ(٣) وَالْمُجَاعَلَةِ وَالْمُسَاقَاةِ وَالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ.

= والحوالة والكفالة والشركة والوكالة والمصارفة والجعالة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والسَّلم وسائر العقود والفسوخ دون العبادات غير المالية منها كأداء الزكاة والحج على خلاف فيه، ويمتنع في المعاصي كالسرقة والقتل العُدْوان بل تلزم أحكامُ هذه متعاطِيها، ويلحق بالعبادات الأيمانُ والشهادات واللعان والإيلاء ويلحق بالمعاصي الظهار لأنه منكر وزور».

وفي «منح الجليل» (٢/ ٢١٣): «من العبادات ما لا يقبل النيابة بإجماع، كالإيمان بالله تعالى، ومنها ما يقبلها إجماعًا كالدعاء والصدقة ورد الديون والودائع، واختلف في الصوم والحج، والمذهب أنهما لا يقبلان النيابة»، و«التوضيح للشيخ خليل» (٦/ ٣٨١). وإنما الخلاف في الصوم هنا للحي العاجز. «مواهب الجليل» (٢/ ٥٤٣)، وفيه: «قال ابن فرحون في شرحه: اختلف في الصوم والحج والمشهور أنهما لا يقبلان النيابة من الحي والعاجز، وأما القادر فلا يقبلان اتفاقًا».

(١) «الخرشي» (٦/ ٩٣)، «مواهب الجليل» (٦/ ٣٦٤)، «الفواكه الدواني» (٢/ ١٣٣)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٢٢).

(٢) «الإقناع» (٢/ ٣٢٠)، «كفاية الأخيار» (١/ ٢٧٢)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٩٧)، «المهذب» (١/ ٣٥٦).

وهو مذهب الحنابلة: «كشاف القناع» (٣/ ٤٦٣)، «الكافي» (٢/ ٢٤٢).

(٣) ليست في (م).

٢٣٧٥ وَلَا يَجُوزُ فِي الْعِبَادَاتِ الْبَدَنِيَّةِ وَيَجُوزُ فِي الْمَالِيَّةِ كَالزَّكَاةِ وَالْحَجِّ.

وَيَجُوزُ عِنْدَ مَالِكٍ[١] فِي الْخُصُومَةِ عَلَى الْإِقْرَارِ وَالْإِنْكَارِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ[٢]: لَا يَجُوزُ فِي الْإِقْرَارِ، وَشَبَّه ذَلِك بِالشَّهَادَةِ وَالْأَيمَانِ.

وَتَجُوزُ الْوَكَالَةُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْعُقُوبَاتِ عِنْدَ مَالِكٍ[٣].

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ مَعَ الْحُضُورِ قَوْلَانِ[٤].

٢٣٧٦ وَالَّذِينَ قَالُوا: إِنَّ الْوَكَالَةَ تَجُوزُ عَلَى الإِقْرَارِ:

اخْتَلَفُوا فِي مُطْلَقِ الْوَكَالَةِ عَلَى الْخُصُومَةِ، هَلْ يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ[٥]: لَا يَتَضَمَّنُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٦]: يَتَضَمَّنُ.

الرُّكْنُ الرَّابِعُ:

وَأَمَّا الْوَكَالَةُ:

فَهِي عَقْدٌ يَلْزَمُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ كَسَائِرِ الْعُقُودِ، وَلَيْسَتْ هِيَ مِنَ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ بَلِ الْجَائِزَةِ، عَلَى مَا نَقُولُهُ فِي أَحْكَامِ هَذَا العَقْدِ.

٢٣٧٧ وَهِيَ ضَرْبَانِ عِنْدَ مَالِكٍ[٧]:

---

(١) «الخرشي» (٦/ ٩٥).
وهو مذهب الحنفية: «القدوري» (ص٥٥، ٥٦)، «المبسوط» (٤/ ٥، ١٩)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٨٣)، «البدائع» (٧/ ٣٤٥)..

(٢) «مختصر المزني» (ص١١٠)، «المهذب» (١/ ٣٥٨)، «الروضة» (٤/ ٣٢٠)».

(٣) «الشرح الكبير» (٣/ ٣٧٨).

(٤) «مغني المحتاج» (٢/ ٢٢١)، «المهذب» (١/ ٣٤٩).

(٥) «الشرح الكبير» (٣٧٩/ ٣).

(٦) «المبسوط» (١٩/٩، ١٠٦)، «فتح القدير» (٦/١٠٤)، «البدائع» (٦/ ٢١)، «رد المحتار على الدر المختار» (٤/ ٢١٨).

(٧) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٨٠).

عَامَّةٌ، وَخَاصَّةٌ.

فَالعَامَّةُ:

هِيَ الَّتِي تَقَعُ عِنْدَهُ بِالتَّوْكِيلِ الْعَامِ الَّذِي لَا يُسَمَّى فِيهِ شَيْءٌ دُونَ شَيْءٍ. وَذَلِكَ: أَنَّهُ إِنْ سُمِّيَ عِنْدَهُ لَمْ يَنْتَفِعْ بِالتَّعْمِيمِ وَالتَّفْوِيضِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[١]: لَا تَجُوزُ الوَكَالَةُ بِالتَّعْمِيْم وَهِيَ غَرَرٌ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ [ب/ ٣٧١ظ] مِنْهَا مَا سُمِّيَ وَحُدِّدَ وَنُصَّ عَلَيْهِ، وَهُوَ الْأَقْيَسُ؛ إِذْ كَانَ الْأَصْلُ فِيْهَا الْمَنْعَ، إِلَّا مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ.

الْبَابُ الثَّانِي:

فِي الْأَحْكَام:

وَأَمَّا الْأَحْكَامُ:

فَمِنْهَا: أَحْكَامُ الْعَقْدِ.

وَمِنْهَا: أَحْكَامُ فِعْلِ الْوَكِيلِ.

فَأَمَّا هَذَا الْعَقْدُ فَهُوَ كَمَا قُلْنَا:

عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ لِلْوَكِيلِ، وَلَهُ[٢] أَنْ يَدَعَ الْوَكَالَةَ مَتَى شَاءَ عِنْدَ الْجَمِيعِ.

لَكِنْ أَبُو حَنِيفَةَ[٣] يَشْتَرِطُ فِي ذَلِكَ حُضُورَ الْمُوَكِّلِ، وَلِلْمُوَكِّلِ أَنْ يَعْزِلَهُ مَتَى شَاءَ. قَالُوا: إِلَّا أَنْ تَكُونَ وَكَالَةً فِي خُصُومَةٍ.

وَقَالَ أَصْبَغُ[٤]: لَهُ ذَلِكَ مَا لَمْ يُشْرِفْ عَلَى تَمَامِ الْحُكْمِ، وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَعْزِلَ نَفْسَهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي لَا يَجُوزُ أَنْ يَعْزِلَهُ الْمُوَكِّلُ.

٢٣٧٨ وَلَيْسَ مِنْ شرط انْعِقَادِ هَذَا الْعَقْدِ حُضُورُ الْخَصْمِ، عِنْدَ مَالِكٍ[٥]، وَالشَّافِعِيِّ[٦].

---

(١) «نهاية المحتاج» (٥/ ٢٥)، «المهذب» (١/ ٣٥٠).

(٢) ليست في (م).

(٣) «البحر الرائق» (٧/ ١٨٧).

(٤) «الذخيرة» (٨/ ٩).

(٥) «الذخيرة» (٨/ ٩).

(٦) «المهذب» (١/ ٣٥٦).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١]: ذَلِكَ مِنْ شَرْطِهِ.

[٢٣٧٨/أ] وَكَذَلِكَ لَيْسَ مِنْ شَرْطِ ثُبُوتِهَا[٢] عِنْدَ الْحَاكِمِ حُضُورُهُ عِنْدَ مَالِكٍ[٣].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مِنْ شَرْطِهِ ذَلِكَ[٤].

[٢٣٧٨/ب] وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ[٥]:

هَلْ تَنْفَسِخُ الْوَكَالَةُ بِمَوْتِ الْمُوَكِّلِ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ.

[أ/ ٤٢١ظ]

[٢٣٧٨/ج] فَإِذَا قُلْنَا: تَنْفَسِخُ بِالْمَوْتِ كَمَا تَنْفَسِخُ بِالْعَزْلِ؛ فَمَتَى يَكُونُ الْوَكِيلُ مَعْزُولًا، وَالْوَكَالَةُ مُنْفَسِخَةً فِي حَقِّ مَنْ عَامَلَهُ فِي الْمَذْهَبِ[٦]؟

فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

(١) **أَحَدُهَا**: أَنَّهَا تَنْفَسِخُ فِي حَقِّ الْجَمِيعِ بِالْمَوْتِ وَالْعَزْلِ.

(٢) **وَالثَّانِي**: أَنَّهَا تَنْفَسِخُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِالْعِلْمِ، فَمَنْ عَلِمَ انْفَسَخَتْ فِي حَقِّهِ، وَمَنْ لَمْ يَعْلَمْ لَمْ تَنْفَسِخْ فِي حَقِّهِ.

(٣) **وَالثَّالِثُ**: أَنَّهَا تَنْفَسِخُ فِي حَقِّ مَنْ عَامَلَ الْوَكِيلَ بِعِلْمِ الْوَكِيلِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هُوَ، وَلَا تَنْفَسِخُ فِي حَقِّ الْوَكِيلِ بِعِلْمِ الَّذِي عَامَلَهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمِ الْوَكِيلُ، وَلَكِنْ مَنْ دَفَعَ إِلَيْهِ شَيْئًا بَعْدَ الْعِلْمِ بِعَزْلِهِ ضَمِنَهُ، لِأَنَّهُ دَفَعَ إِلَى مَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ بِوَكِيلٍ.

وَأَمَّا أَحْكَامُ الْوَكِيلِ:

---

(١) «البدائع» (٦/ ٢١).
(٢) كذا في (أ)، وفي (ب): «ثباتها»، وفي (م): «ثباته».
(٣) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٨٠).
(٤) «المهذب» (١/ ٣٥٦).
(٥) «المقدمات» (٣/ ٥٧).
(٦) «المقدمات» (٣/ ٥٧).

فَفِيهَا مَسَائِلُ مَشْهُورَةٌ:

٢٣٧٩ أَحَدُهَا:

إِذَا وُكِّلَ عَلَى بَيْعِ شَيْءٍ هَلْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ؟

قَالَ مَالِكٌ[١]: يَجُوزُ.

وَقِيلَ عَنْهُ: لَا يَجُوزُ.

(وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٢]: لَا يَجُوزُ)[٣].

وَكَذَلِكَ عِنْدَ مَالِكٍ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ.

٢٣٨٠ وَمِنْهَا:

إِذَا وَكَّلَهُ فِي الْبَيْعِ وَكَالَةً [م/ ٢٤١و] مُفَوَّضَةً[٤]:

---

(١) «مواهب الجليل» (٦/ ٤٠٢): «قال القرطبي في تفسير سورة البقرة، في قوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، اختُلف هل له أن يشتري لنفسه من مال يتيمه، فقال مالك: يشتري في مشهور الأقوال.
والقول الثاني: أنه لا ينبغي أن يشتري مما تحت يده شيئًا لما يلحقه من التهمة إلا أن يكون البيع في ذلك بيع سلطان في ملأ من الناس..».
وفي «القوانين الفقهية» (ص٢١٦): «ويجوز للوكيل والوصي أن يشتريا لأنفسهما من مال الموكل واليتيم إذا لم يحابيا أنفسهما».
وانظر: «الفواكه الدواني» (٢/ ٢٣٠).

(٢) «روضة الطالبين» (٤/ ٣٠٤)، «المهذب» (١/ ٣٥٢)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٢٤، ٢٢٥).
وعند الحنابلة: إن أذن جاز وإلا فلا، قال ابن قدامة في «المغني» (٥/ ٦٩): «وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه جاز له ذلك...».
وفي «الهداية» (ص٢٧٨): «ولا يجوز للوكيل أن يبيع من نفسه من غير إذن الموكل في ذلك في إحدى الروايتين، والأخرى يجوز بأحد شرطين: إما أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء، أو يوكل من يبيعه فيكون أحد المشترين».
«الكافي» (٢/ ـ ٢٥٣)، «المحرر» (١/ ٣٤٩)، «المبدع» (٤/ ٣٦٧)..

(٣) ليست في (ب).

(٤) في المطبوع: «مطلقة».

لَمْ يَجُزْ لَهُ عِنْدَ مَالِكٍ[١] أَنْ يَبِيعَ إِلَّا بِثَمَنِ مِثْلِهِ نَقْدًا بِنَقْدِ الْبَلَدِ.

وَلَا يَجُوزُ إِنْ بَاعَ نَسِيئَةً، أَوْ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ، أَوْ بِغَيْرِ ثَمَنِ الْمِثْلِ، وَكَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَهُ فِي الشِّرَاءِ.

وَفَرَّقَ أَبُو حَنِيفَةَ[٢] بَيْنَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ الْمُعَيَّنِ:

فَقَالَ: يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ (أَنْ يَبِيعَ)[٣] بِغَيْرِ ثَمَنِ الْمِثْلِ، وَأَنْ يَبِيعَ نَسِيئَةً، وَلَمْ يَجُزْ إِذَا وَكَّلَهُ فِي[٤] شِرَاءِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ أَنْ يَشْتَرِيَهُ إِلَّا بِثَمَنِ الْمِثْلِ ونَقْدًا، وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ أَبُو حَنِيفَةَ إِنَّمَا فَرَّقَ بَيْنَ الْوَكَالَةِ عَلَى الْبَيْعِ والشِّرَاءِ الْمُطْلَقَةِ، وَعَلَى [ب/ ٣٧٢و] الْوَكَالَةِ عَلَى شِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ؛ لِأَنَّ مِنْ حُجَّتِهِ أَنَّهُ كَمَا أَنَّ الرَّجُلَ قَدْ يَبِيعُ الشَّيْءَ بِأَقَلَّ مِنْ ثَمَنِ مِثْلِهِ وَنَسَاءً لِمَصْلَحَةٍ يَرَاهَا فِي ذَلِكَ، كَذَلِكَ حُكْمُ الْوَكِيلِ إِذْ قَدْ أَنْزَلَهُ مَنْزِلَتَهُ.

وَقَوْلُ الْجُمْهُورِ أَبْيَنُ.

وَكُلُّ مَا يَعْتَدِي فِيهِ الْوَكِيلُ ضُمِّنَ ما تَعَدَّى فِيْهِ عِنْدَ مَنْ يَرَى أَنَّهُ تَعَدِّي.

٢٣٨١ وَإِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ شَيْئًا، وَأُعْلِمَ أَنَّ الشِّرَاءَ لِلْمُوَكِّلِ:

فَالْمِلْكُ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكِّلِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٥]: إِلَى الْوَكِيلِ أَوَّلًا ثُمَّ إِلَى الْمُوَكِّلِ.

وَإِذَا دَفَعَ الْوَكِيلُ دَيْنًا عَنِ[٦] الْمُوَكِّلِ وَلَمْ يُشْهِدْ، فَأَنْكَرَ الَّذِي لَهُ الدَّيْنُ الْقَبْضَ ضَمِنَ الْوَكِيلُ.

---

(١) والإذن عندهم قد يكون حقيقيًّا (صريحًا) كما لو أذن له في البيع والشراء من نفسه، وقد يكون الإذن حكميًا كما لو اشترى لنفسه بحضرة ربه.
«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٨٧)، «الذخيرة» (٨/ ١٠)، «الخرشي» (٦/ ٧٧).

(٢) «المبسوط» (١٩/ ٣٢)، «البحر الرائق» (٧/ ١٦٦، ١٦٧)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨).

(٣) من (م).

(٤) في (ب): «على».

(٥) «البحر الرائق» (٧/ ١٦٧).

(٦) كذا في (ب)، وفي بقية النسخ: «على».

الْبَابُ الثَّالِثُ:

وَأَمَّا اخْتِلَافُ الْوَكِيلِ مَعَ الْمُوَكِّلِ:

فَقَدْ يَكُونُ:

(أ) فِي ضَيَاعِ الْمَالِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عِنْدَ الْوَكِيلِ

(ب) وَقَدْ يَكُونُ فِي دَفْعِهِ إِلَى الْمُوَكِّلِ.

(ج) وَقَدْ يَكُونُ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ الَّذِي بَاعَ بِهِ أَوِ اشْتَرَى إِذَا أَمَرَهُ بِثَمَنٍ مَحْدُودٍ. [أ/ ٤٢٢و]

(د) وَقَدْ يَكُونُ فِي الْمَثْمُونِ، وَقَدْ يَكُونُ فِي تَعْيِينِ مَنْ أَمَرَهُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ، وَقَدْ يَكُونُ فِي دَعْوَى التَّعَدِّي.

٢٣٨٢ فَإِذَا اخْتَلَفَا فِي ضَيَاعِ الْمَالِ:

فَقَالَ الْوَكِيلُ: ضَاعَ مِنِّي، وَقَالَ الْمُوَكِّلُ: لَمْ يَضِعْ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ إِنْ كَانَ لَمْ يَقْبِضْهُ بِبَيِّنَةٍ.

فَإِنْ كَانَ الْمَالُ قَدْ قَبَضَهُ الْوَكِيلُ مِنْ غَرِيمِ الْمُوَكِّلِ وَلَمْ يُشْهِدِ الْغَرِيمُ عَلَى الدَّفْعِ لَمْ يَبْرَأِ الْغَرِيمُ بِإِقْرَارِ الْوَكِيلِ عِنْدَ مَالِكٍ[1] وَغَرِمَ ثَانِيَةً.

٢٣٨٣ وَهَلْ يَرْجِعُ الْغَرِيمُ عَلَى الْوَكِيلِ؟

فِيهِ خِلَافٌ، وَإِنْ كَانَ قَدْ قَبَضَهُ بِبَيِّنَةٍ بَرِئَ وَلَمْ يَلْزَمِ الْوَكِيلَ شَيْئًا.

٢٣٨٤ وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الدَّفْعِ:

فَقَالَ الْوَكِيلُ: دَفَعْتُهُ إِلَيْكَ، وَقَالَ الْمُوَكِّلُ: لَا، فَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ.

وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَكِّلِ.

وَقِيلَ: إِنْ تَبَاعَدَ ذَلِكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ.

٢٣٨٥ وَأما اخْتِلَافِهِمْ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ الَّذِي أَمَرَهُ بِهِ[2] بِالشِّرَاءِ:

---

(١) «مواهب الجليل» (٥/ ١٩٤).

(٢) ليست في (م).

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[(١)]: إِنْ لَمْ تَفُتِ السِّلْعَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ فَاتَتْ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ.

وَقِيلَ: يَتَحَالَفَانِ، ويُفسخ[(٢)] الْبَيْعُ وَيَتَرَاجعَانِ، وَإِنْ فَاتَتْ بِالْقِيمَةِ.

٢٣٨٦ وَإِنْ كَانَ اخْتِلَافُهُمْ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ الَّذِي أَمَرَهُ بِهِ فِي الْبَيْعِ:

فَعِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الْقَوْلَ فِيهِ قَوْلُ الْمُوَكِّلِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ دَفْعَ الثَّمَنِ بِمَنْزِلَةِ فَوَاتِ السِّلْعَةِ فِي الشِّرَاءِ.

٢٣٨٧ وَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَا فِيمَنْ أَمَرَهُ بِالدَّفْعِ:

فَفِي الْمَذْهَبِ فِيهِ قَوْلَانِ[(٣)]:

الْمَشْهُورُ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَأْمُورِ.

وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْآمِرِ.

٢٣٨٨ وَأَمَّا إِذَا فَعَلَ الْوَكِيلُ فِعْلًا هُوَ تَعَدٍّ، وَزَعَمَ أَنَّ الْمُوَكِّلَ[(٤)] أَمَرَهُ: فَالْمَشْهُورُ[(٥)] أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ (الْمُوَكِّلِ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ)[(٦)] الْوَكِيلِ: إِنَّهُ أَمَرَهُ؛ لِأَنَّهُ قَدِ ائْتَمَنَهُ عَلَى الْفِعْلِ.

(تم بحمد الله)[(٧)].

---

(١) «النوادر» (٧/ ٢٢٦).
(٢) في (م): «وينفسخ».
(٣) «النوادر» (٧/ ٢٢٦).
(٤) في (ب): «الوكيل».
(٥) «مواهب الجليل» (٥/ ١٩٣).
(٦) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٧) من (م).

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ

كِتَابُ اللُّقَطَةِ(١)

وَالنَّظَرُ فِي اللُّقَطَةِ فِي جُمْلَتَيْنِ:

الْجُمْلَةُ الْأُولَى [ب/ ٣٧٢ظ]: **فِي أَرْكَانِهَا.**

وَالثَّانِيَةُ: فِي أَحْكَامِهَا.

الْجُمْلَةُ الْأُولَى: وَالْأَرْكَانُ ثَلَاثَةٌ:

(أ) الِالْتِقَاطُ.

(ب) وَالْمُلْتَقِطُ.

(ج) وَاللُّقَطَةُ.

فَأَمَّا الِالْتِقَاطُ:

٢٣٨٩ فَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ هَلْ هُوَ أَفْضَلُ أَمِ التَّرْكُ؟

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٢): الْأَفْضَلُ الِالْتِقَاطُ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْوَاجِبِ عَلَى الْمُسْلِمِ أَنْ (يَحُوطَ عَلَى(٣)(٤) مَالِ [أ/ ٤٢٢ظ] أَخِيهِ الْمُسْلِمِ(٥).

---

(١) بضم اللام، وفتح القاف: الكثير الالتقاط، وبسكون القاف: ما يلتقط.
وهي في الاصطلاح: المال الضائع عن ربه، يلتقطه غيره. ينظر: «شرح الزركشي على الخرقي» (٤/ ٣٢٠).

(٢) «المبسوط» (١١/٢)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٥٦)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٠)، «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٣٤).
قال السرخسي: «والمذهب عند علمائنا وعامة الفقهاء: أن رفعها أفضل من تركها، لأنه لو تركها لم يأمن أن تصل إليها يد خائنة، فيكتمها عن مالكها».

(٣) من (م).

(٤) في المطبوع: «يحفظ».

(٥) من (م).

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(١).

وَقَالَ مَالِكٌ(٢) وَجَمَاعَةٌ بِكَرَاهِيَةِ الِالْتِقَاطِ.

[م/ ٢٤١ظ] وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ(٣) وَابْنِ عَبَّاسٍ(٤).

وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ(٥).

وَذَلِك لِأَمْرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «**ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ حَرْقُ النَّارِ**»(٦).

---

(١) «الحاوي» (٨/ ٥ ـ ٦، ٢٦)، «المهذب» (١/ ٤٣١)، «روضة الطالبين» (٥/ ٤٠٣)، «أسنى المطالب» (٢/ ٤٨٩)، «البيان» (٧/ ٥٣٩ ـ ٥٤٠)، «حاشية الجمل» (٣/ ٦٠٥ ـ ٦٠٦)، «إعانة الطالبين» (٣/ ٢٤٩)..

(٢) «البيان والتحصيل» (١٥/ ٣٦٠)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢٢).

(٣) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٣)، «الأوسط» (١١/ ٣٧٤).

(٤) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٣)، «الأوسط» (١١/ ٣٧٤).

(٥) «الكافي» (٢/ ٣٥٧)، «المبدع» (٥/ ٢٧٤)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٣٧٧)، «كشاف القناع» (٤/ ٢١٠).
وقال ابن قدامة في «المغني» (٨/ ٢٩١): «قال إمامنا: الأفضل ترك الالتقاط... ولنا قول: ابن عمر وابن عباس، ولا نعرف لهما مخالفًا في الصحابة».

(٦) أخرجه أحمد (٥/ ٨٠)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (١٦٣٩) والنسائي في «الكبرى» (٥٧٩٧) والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ١٣٣)، وفي «المشكل» (٤٧٢٠)، وابن قانع في «الصحابة» (١/ ١٥٤)، والطبراني في «الكبير» (٢١١٨)، وأبو نعيم في «الصحابة» (١٦٤٢)، والبيهقي (٦/ ١٩٠) من طرقٍ، عن حماد بن زيد، عن أيوب، عن أبي العلاء، عن أبي مسلم الجَذْمِي، عن الجارود؛ مرفوعًا به.
• ورواه جرير بن حازم البصري: عن أيوب، عن أبي مسلم، عن الجارود، فلم يذكر أبا العلاء.
أخرج روايته: النسائي في «الكبرى» (٥٧٩٨).
والأول أصح.
ـ ورواه (المثنى بن سعيد الضُّبَعي، وأبان بن يزيد العطار، وهشام الدَّسْتُوائي، وهمام بن يحيى العَوْذي) عن قتادة، عن أبي العلاء، عن أبي مسلم، عن الجارود.
أخرجه الطيالسي (ص١٨٣)، وأحمد (٥/ ٨٠)، وابن أبي عاصم (١٦٤١)، والنسائي =

وَلِمَا يُخَافُ أَيْضًا مِنَ التَّقْصِيرِ فِي الْقِيَامِ بِمَا يَجِبُ لَهَا مِنَ التَّعْرِيفِ وَتَرْكِ التَّعَدِّي عَلَيْهَا.

وَتَأَوَّلَ الَّذِينَ رَأَوْا الِالْتِقَاطَ أَوَّلَ الْحَدِيثِ.

= في «الكبرى» (٥٧٩٦)، والطبراني في «الكبير» (٢١١٤، ٢١١٥، ٢١١٦)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ١٣٣)، وفي «المشكل» (٤٧٢١)، وأبو نعيم في «الصحابة» (١٦٣٩، ١٦٤٠)، وأبو يعلى (٩١٩ و١٥٣٩) وابن حِبَّان (٤٨٨٧)، والبيهقي (٦/ ١٩٠).

• ورواه سعيد بن أبي عَروبة: عن قتادة، عن أبي مسلم عن الجارود، فلم يذكر أبا العلاء.

أخرج روايته: الطبراني (٢١١٧).

• ورواه سعيد بن بشير: عن قتادة، فلم يذكر أبا مسلم.

أخرج روايته: الطبراني في «مسند الشاميين» (٢٧٠٨).

• ورواه عبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفي: عن خالد الحذاء، عن أبي العلاء، عن أبي مسلم، عن الجارود.

أخرج روايته: أحمد (٥/ ٨٠)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٩٥).

ورواه سعيد بن عامر البصري: عن شعبة عن خالد الحذاء عن أبي العلاء عن أبي مسلم عن الجارود.

أخرج روايته: الدارمي (٢٦٠٤)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٩٤)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ١٣٣)، وفي «المشكل» (٤٧٢٣)، والبيهقي (٦/ ١٩٠).

ورواه عمرو بن مرزوق الباهلي البصري، عن شعبة، ولم يذكر أبا مسلم.

أخرج روايته: الطبراني (٢١١١).

• وقال سفيان الثوري: عن خالد الحذاء، عن أبي العلاء، عن أخيه مطرف عن الجارود.

أخرج روايته: عبد الرزاق (١٨٦٠٣)، وأحمد (٥/ ٨٠)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٩٣)، والطحاوي في «المشكل» (٤٧٢٤)، والطبراني (٢١١٠)، والبيهقي (٦/ ١٩١).

• وقال خالد بن عبد الله الواسطي: عن خالد الحذاء، عن مطرف، عن أبي مسلم، عن الجارود، ولم يذكر أبا العلاء.

أخرج روايته: الطبراني (٢١١٣)، وأبو نعيم في «الصحابة» (١٦٤٤ أ)؛ من طريق يحيى بن عبد الحميد الحِمَّاني، ثنا خالد بن عبد الله به.

وَقَالُوا: أَرَادَ بِذَلِكَ الِانْتِفَاعَ بِهَا لَا أَخْذَهَا.

وَقَالَ قَوْمٌ: بَلْ لَقْطُهَا وَاجِبٌ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ هَذَا الِاخْتِلَافَ إِذَا كَانَتِ اللُّقَطَةُ بَيْنَ قَوْمٍ مَأْمُونِينَ وَالْإِمَامُ عَدْلٌ.

قَالُوا[(١)]:

فَإِنْ كَانَتِ اللُّقَطَةُ بَيْنَ قَوْم غَيْرِ مَأْمُونِينَ وَالْإِمَامُ عدل فَوَاجِبٌ الْتِقَاطُهَا. وَإِنْ كَانَتْ بَيْنَ قَوْمٍ مَأْمُونِينَ وَالْإِمَامُ (جَائِرٌ، فَالْأَفْضَلُ: أَنْ لَا يَلْتَقِطَهَا، وَإِنْ كَانَتْ بَيْنَ قَوْم غَيْرِ مَأْمُونِينَ وَالْإِمَامُ)[(٢)] غَيْرُ عَادِلٍ: فَهُوَ مُخَيَّرٌ بِحَسَبِ مَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ مِنْ سَلَامَتِهَا أَكْثَرَ مِنْ أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ.

وَهَذَا كُلُّهُ مَا عَدَا **لُقَطَةَ الْحَاجِّ**:

٢٣٩٠ فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْتِقَاطُهَا لِنَهْيِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ ذَلِكَ.

[٢٣٩٠/...] وَلُقَطَةُ مَكَّةَ أَيْضًا لَا يَجُوزُ الْتِقَاطُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ[(٣)]؛ لِوُرُودِ النَّصِّ

---

(١) ليست في (م). (٢) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٣) قال النووي في روضة الطالبين، (٥/ ٤١٢): «في لقطة مكة وحرمها وجهان: الصحيح: أنه لا يجوز أخذها للتملك، وإنما تؤخذ للحفظ أبدًا».

وذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة: إلى أن حكم لقطتها كحكم لقطة سائر البلدان.

«شرح فتح القدير» (٦/ ١٢٨)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٢)، «البناية في شرح الهداية» (٦/ ٨٣)، «الذخيرة» (٩/ ١١٤)، «الشرح الصغير» (٤/ ١٧٢)، «الحاوي» (٨/ ٤ - ٥)، «نهاية المطلب في دراية المذهب» (٨/ ٤٨٩)، «الفروع» (٤/ ٥٦٨)، «الإنصاف» (٦/ ٤١٤)، «المغني» (٨/ ٣٠٥ - ٣٠٦).

قال الكاساني: «كل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقط الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا».

قال القرافي: «وإذا قلنا بالتملك فهل سائر اللقطة سواء بمكة وغيرها؟ ففي الجواهر: المذهب التسوية».

=

فِي ذَلِكَ(١)، وَالْمَرْوِيُّ فِي ذَلِكَ لَفْظَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا تُرْفَعُ لُقَطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ.

والثَّانِي: لَا يَرْفَعُ لُقَطَتَهَا إِلَّا مُنْشِدٌ:

فَالْمَعْنَى الْوَاحِدُ: أَنَّه لَا تُرْفَعُ إِلَّا لِمَنْ يُنْشِدُهَا.

وَالْمَعْنَى الثَّانِي: لَا يَلْتَقِطُهَا إِلَّا مَنْ يُنْشِدُهَا لِيُعَرِّفَ النَّاسَ.

وَقَالَ مَالِكٌ(٢): تُعَرَّفُ هَاتَانِ اللُّقَطَتَانِ أَبَدًا(٣).

فَأَمَّا الْمُلْتَقِطُ:

فَهُوَ كُلُّ حُرٍّ بَالِغٍ مُسْلِمٍ لِأَنَّهَا وِلَايَةٌ.

٢٣٩١ وَاخْتُلِفَ عَنِ الشَّافِعِيِّ(٤) فِي جَوَازِ الْتِقَاطِ الْكَافِرِ.

قَالَ أَبُو حَامِدٍ: وَالْأَصَحُّ جَوَازُ ذَلِكَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ(٥).

= قال الدردير: «... وله أي للملتقط حبسها أي اللقطة عنده بعدها: أي السُّنَّة لعله أن يظهر صاحبها، أو التصدق بها عن ربها أو عن نفسه، أو التملك لها بأن ينوي تملكها، ولو وجدها بمكة فله أحد هذه الأمور الثلاثة».

قال ابن قدامة: «وروي عن أحمد؛ رواية أخرى: أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتملك، وإنما يجوز لحفظها لصاحبها، فإن التقطها عرّفها أبدًا عن يأتي صاحبها».

(١) عن أبي هريرة ﷺ، قال رسول الله ﷺ: «.... **ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد**»، أخرجه البخاري (٢٤٣٣)، ومسلم (١٣٥٣).

(٢) «الشرح الصغير» (٤/ ١٧٢). (٣) ليست في (م).

(٤) قال النووي في «روضة الطالبين» (٥/ ٣٩٢): «يُمكّن الذمي من الالتقاط في دار الإسلام على الأصح. وقيل: قطعًا، كالاصطياد، والاحتطاب».

وهو مذهب الحنفية، ومذهب الحنابلة:

«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٢٧٧)، «البحر الرائق» (٥/ ١٦٢)، «الوسيط (٤/ ٢٨٣)، «المغني» (٦/ ٢٧)، «مطالب أولي النهى» (٤/ ٢٤٠)، «الإنصاف» (٦/ ٤٢٤)، «المبدع» (٥/ ٢٨٩)، «كشاف القناع» (٤/ ٢٢٤).

(٥) قال العمراني في «البيان» (٧/ ٥٥٦): «واختلف أصحابنا في الذمي: إذا التقط لقطة في دار الإسلام: =

وقَالَ: وَفِي أَهْلِيَّةِ الْعَبْدِ وَالْفَاسِقِ لَهُ قَوْلَانِ[(١)]:

فَوَجْهُ الْمَنْعِ: عَدَمُ أَهْلِيَّةِ الْوِلَايَةِ.

وَوَجْهُ الْجَوَازِ: عُمُومُ أَحَادِيثِ اللُّقَطَةِ.

وَأَمَّا اللُّقَطَةُ بِالْجُمْلَةِ:

[ب/ ٣٧٣و] فَإِنَّهَا كُلُّ مَالٍ لِمُسْلِمٍ مُعَرَّضٍ لِلضَّيَاعِ، كَانَ فِي عَامِرِ الْأَرْضِ أَوْ غَامِرِهَا، وَالْجَمَادُ وَالْحَيَوَانُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، إِلَّا الْإِبِلَ **بِاتِّفَاقٍ**[(٢)].

وَالْأَصْلُ فِي اللُّقَطَةِ:

حَدِيثُ يَزِيدَ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ، وَهُوَ حديثٌ مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِ[(٣)]، أَنَّهُ قَالَ: «جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنِ [أ/ ٤٢٣و] اللُّقَطَةِ، فَقَالَ: **اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا**، قَالَ: فَضَالَّةُ الْغَنَمِ يَا رَسُولَ اللهِ؟ قَالَ: **هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ**، قَالَ: فَضَالَّةُ الْإِبِلِ؟

= **فمنهم** من قال: لا يصح التقاطه؛ لأن الالتقاط أمانة بولاية، والذمي ليس من أهلها، ولأنه لا يملك بالإحياء في دار الإسلام، فلا يملك بالالتقاط فيه.

ومنهم من قال: يصح التقاطه؛ لأن له ذمة صحيحة ويملك بالقرض، فصح التقاطه.

فإذا قلنا: يصح التقاطه.. فهل تقر في يده، ويصح تعريفه بنفسه، أو ينزعها الحاكم منه، ويضم من يعرفها معه؟

من أصحابنا من قال: فيه قولان، كالفاسق.

ومنهم من قال: تقر في يده، وينفرد بالتعريف قولًا واحدًا؛ لأنه وإن كان كافرًا، فهو مُقَرٌّ على دينه، كما أنا نقول: لا يصح إنكاح الفاسق، ويصح إنكاح الذمي».

(١) «الوسيط (٤/ ٢٨٣).

(٢) قال ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٦٢): «واتفقوا على جواز الالتقاط في الجملة».
وانظر: «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٣٢)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٠)، «البناية في شرح الهداية» (٦/ ٧٦٦ ـ ٧٦٧)، «الذخيرة» (٩/ ٨٩)، «الشرح الصغير» (٤/ ١٦٩)، «حاشية الدسوقي» (٥/ ٥٢٦ ـ ٥٢٧)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٠٦)، «الإشراف» (٦/ ٣٦٨)، «المحلى» (٨/ ٢٥٧ و٢٦٠)، «المغني» (٨/ ٢٩١).

(٣) البخاري (٢٤٢٧)، ومسلم (١٧٢٢).

قَالَ: **مَا لَكَ وَلَهَا مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا»**.

وَهَذَا الْحَدِيثُ يَتَضَمَّنُ مَعْرِفَةَ مَا يُلْتَقَطُ مِمَّا لَا يُلْتَقَطُ، وَمَعْرِفَةَ حُكْمِ مَا يُلْتَقَطُ كَيْفَ يَكُونُ فِي الْعَامِ وَبَعْدَهُ وَبِمَاذَا يَسْتَحِقُّهَا مُدَّعِيهَا.

فَأَمَّا الْإِبِلُ:

٢٣٩٢ **فَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهَا لَا تُلْتَقَطُ، وعَلَى الْغَنَمِ أَنَّهَا تُلْتَقَطُ(١).

٢٣٩٣ وَتَرَدَّدُوا فِي الْبَقَرِ، وَالنَّصُّ عَنِ الشَّافِعِيِّ(٢) فيها أَنَّهَا كَالْإِبِلِ.

وَعَنْ مَالِكٍ(٣) كَالْغَنَمِ، (وَعَنْهُ خِلَافٌ)(٤).

وَأَمَّا حُكْمُ التَّعْرِيفِ:

٢٣٩٤ **فَاتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى تَعْرِيفِ مَا كَانَ لَهُ مِنْهَا بَالٌ سَنَةً، مَا لَمْ تَكُنْ مِنَ الْغَنَمِ(٥).

٢٣٩٥ **وَاخْتَلَفُوا** فِي حُكْمِهَا بَعْدَ السَّنَةِ:

---

(١) حكى الإجماعَ: المرداوي في «الإنصاف» (٦/ ٤٠١).
(٢) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٩٢). (٣) «الشرح الصغير» (٤/ ١٦٩).
(٤) من (م).
(٥) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٢/ ٣٢٩): «أجمعوا أن اللقطة ما لم تكن تافهًا يسيرًا أو شيئًا لا بقاء له، فإنها تعرَّف حولًا كاملًا».
وقال البغوي في «شرح السُّنَّة» (٨/ ٣١١): «ومذهب عامة الفقهاء أن تعريف اللقطة سنة واحدة كما جاء في خبر زيد بن خالد، والثلاث في حديث أبي بن كعب شك لم يصر إليه أحد من أهل العلم».
وقال القرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (١١/ ٢٦٨): «أجمع العلماء على أن اللقطة ما لم تكن تافهًا يسيرًا، أو شيئًا لا بقاء له، فإنها تعرف حولًا كاملًا».
وقال النووي في «شرح صحيح مسلم» (١٢/ ٢٢): «وأما تعريف سنة فقد أجمع المسلمون على وجوبه إذا كانت اللقطة ليست تافهة ولا في معنى التافهة، ولم يرد حفظها على صاحبها بل أراد تملكها، ولا بد من تعريف سنة بالإجماع».

[٢٣٩٥/أ] فَاتَّفَقَ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ: مَالِكٌ[١]، وَالثَّوْرِيُّ[٢]، وَالْأَوْزَاعِيُّ[٣]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٤]، وَالشَّافِعِيُّ[٥]، وَأَحْمَدُ[٦]، وَأَبُو ثَوْرٍ[٧]: أنه إِذَا انْقَضَتِ السنة[٨] كَانَ لَهُ أَنْ يَأْكُلَهَا إِنْ كَانَ فَقِيرًا، أَوْ يَتَصَدَّقَ بِهَا إِنْ كَانَ غَنِيًّا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا كَانَ مُخَيَّرًا بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ الصَّدَقَةَ فَيَنْزِلَ عَلَى ثَوَابِهَا أَوْ يُضَمِّنَهُ إِيَّاهَا.

[٢٣٩٥/ب] وَاخْتَلَفُوا فِي الْغَنِيِّ، هَلْ لَهُ أَنْ يَأْكُلَهَا أَوْ يُنْفِقَهَا بَعْدَ الْحَوْلِ؟

فَقَالَ مَالِكٌ[٩]، وَالشَّافِعِيُّ[١٠]: لَهُ ذَلِكَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١١]: ....

---

(١) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٠)، «المقدمات الممهدات» (٢/ ٤٨٠).

(٢) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٠).

(٣) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٠).

(٤) «المبسوط» (٩/ ١١)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٢)، «البحر الرائق» (٥/ ١٦٤)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٣٠٤).

(٥) «الحاوي الكبير» (٨/ ١٣)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤١٣).

(٦) «كشاف القناع» (٤/ ١٨٣).

(٧) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٠).

(٨) ليست في (م).

(٩) «الشرح الكبير»، للدردير (٤/ ١٢١)، «منح الجليل» (٨/ ٢٣٤)، «التاج والإكليل» (٦/ ٧٤)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢١)، «الخرشي» (٧/ ١٢٥).

(١٠) «الأم» (٤/ ٦٧)، «مختصر المزني» (ص١٣٥)، «روضة الطالبين» (٥/ ٤١٢)، «الحاوي» (٨/ ٩)، «المهذب» (١/ ٤٣٠)، «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٤)، «البيان» (٧/ ٥١٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤١٢).

(١١) «المبسوط» (٣/ ١١)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٥٥)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٢)، «الهداية شرح البداية» (٢/ ٤١٨)، «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٣٢).
ومذهب الحنابلة: اللقطة لا تملك إلا إذا كانت من الأثمان كالدراهم والدنانير، فإن كانت عروضًا أو ضالة لم يملكها، ولا يجوز له الانتفاع بها غنيًّا كان أو فقيرًا.
قال في «المقنع شرح مختصر الخرقي» (٢/ ٧٨٣): «والمذهب: أنها لا تملك إلا إذا كانت أثمانًا».
قال في «الإنصاف» (٦/ ٤١٤): «وعن الإمام أحمد: لا يملك إلا الأثمان، وهي ظاهر المذهب».
وقال ابن قدامة في «الكافي» (٢/ ٣٥٥): «قال أكثر أصحابنا: لا يملك غير الأثمان؛ =

لَيْسَ[١] لَهُ إلا أن يَتَصَدَّقَ بِهَا.

وَرُوِيَ مِثْلُ (قَوْلِهِ عَنْ عَلِيٍّ[٢]، وَابْنِ عَبَّاسٍ[٣]، وَجَمَاعَةٍ مِنَ التَّابِعِينَ.

وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ[٤]: إِنْ كَانَ مَالًا كَثِيرًا جَعَلَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ.

وَرُوِيَ مِثْلُ)[٥] قَوْلِ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ، عَنْ عُمَرَ[٦]، وَابْنِ مَسْعُودٍ[٧]، وَابْنِ عُمَرَ[٨]، وَعَائِشَةَ[٩].

[٢٣٩/هـ] وَكُلُّهُمْ **مُتَّفِقُونَ** عَلَى أَنَّهُ إِنْ أَكَلَهَا ضَمِنَهَا لِصَاحِبِهَا إِلَّا أَهْلَ الظَّاهِرِ[١٠].

وَاسْتَدَلَّ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ؛ بِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**فَشَأْنَكَ بِهَا**»[١١].

= لأنَّ الخبر ورد فيها، ومثلها لا يقوم مقامها من كل وجه؛ لعدم تعلق الغرض بعينها، فلا يقاس عليها غيرها».

وقال العكبري في «رؤوس المسائل» (٣/ ١٠٧٢): «إذا وجد لقطة فعرَّفها. ولم يجئ صاحبها، فإن كانت دراهم أو دنانير ملكها، وجاز الانتفاع بها، غنيًّا كان أو فقيرًا، وإن كانت عروضًا أو حليًّا، أو ضالة لم يملكها، ولم يجز له الانتفاع بها غنيًّا كان أو فقيرًا».

وذكر ابن قدامة بأن هذا القول للإمام أحمد قول قديم، وقد رجع عنه. «الكافي» (٢/ ٣٥٥).

(١) في (م): «هي».

(٢) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٨).

(٣) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٨).

(٤) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٨).

(٥) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٦) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٨).

(٧) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٨).

(٨) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٨).

(٩) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٨).

(١٠) قال ابن حزم في «المحلى» (٨/ ٢٧٠): «أما الضأن والمعز ـ فقط ـ كبارها وصغارها توجد بحيث يخاف عليها الذئب أو من يأخذها من الناس، ولا حافظ لها ولا هي بقرب ماء فهي حلال لمن أخذها سواء جاء صاحبها أو لم يجئ، وجدها حية أو مذبوحة أو مطبوخة أو مأكولة لا سبيل له عليها».

(١١) أخرجه البخاري (٢٣٧٢)، ومسلم (١٧٢٢).

وَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ غَنِيٍّ وَفَقِيرٍ.

وَمِنَ الْحُجَّةِ لَهُمَا: مَا رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ(١)، وَالتِّرْمِذِيُّ(٢)، عَنْ سُوَيْدِ بْنِ غَفْلَةَ، قَالَ: «لَقِيتُ أُوَيْسَ(٣) بْنَ كَعْبٍ، فَقَالَ: وَجَدْتُ صُرَّةً فِيهَا مِائَةُ دِينَارٍ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ [م/ ٢٤٢و] فَقَالَ: **عَرِّفْهَا حَوْلًا**، فَعَرَّفْتُهَا فَلَمْ أَجِدْ، ثُمَّ أَتَيْتُهُ [أ/ ٤٢٣ظ] ثَلَاثًا فَقَالَ: (**احْفَظْ وِعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا**)(٤). **وَإِلَّا فَاسْتَمْتِعْ بِهَا**». وَخَرَّجَ التِّرْمِذِيُّ، وَأَبُو دَاوُدَ(٥): «**فَاسْتَنْفِقْهَا**».

فَسَبَبُ الْخِلَافِ:

مُعَارَضَةُ ظَاهِرِ لَفْظِ حَدِيثِ اللُّقَطَةِ لِأَصْلِ الشَّرْعِ.

وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ.

فَمَنْ غَلَّبَ هَذَا الْأَصْلَ عَلَى ظَاهِرِ الْحَدِيثِ، (وَهُوَ قَوْلُهُ بَعْدَ التَّعْرِيفِ: «**فَشَأْنَكَ بِهَا**»(٦)، قَالَ: لَا يَجُوزُ فِيهَا تَصَرُّفٌ إِلَّا بِالصَّدَقَةِ فَقَطْ، عَلَى أَنْ يُضَمَّنَ إِنْ لَمْ يُجِزْ صَاحِبُ اللُّقَطَةِ الصَّدَقَةَ.

وَمَنْ غَلَّبَ ظَاهِرَ الْحَدِيثِ)(٧) عَلَى هَذَا الْأَصْلِ، وَرَأَى أَنَّهُ مُسْتَثْنًى منه، قَالَ: [ب/ ٣٧٣ظ] تَحِلُّ لَهُ بَعْدَ الْعَامِ، وَهِيَ مَالٌ مِنْ مَالِهِ لَا يَضْمَنُهَا إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا.

وَمَنْ تَوَسَّطَ قَالَ: يَتَصَرَّفُ فِيهَا بَعْدَ الْعَامِ، وَإِنْ كَانَتْ (عَيْنًا فَهِيَ)(٨) عَلَى جِهَةِ الضَّمَانِ.

٢٣٩٦ وَأَمَّا حُكْمُ دَفْعِ اللُّقَطَةِ لِمَنِ ادَّعَاهَا:

---

(١) (برقم: ٢٤٣٧، ٢٤٢٦)، ومسلم (١٧٢٣).
(٢) (برقم: ١٤٢٦).
(٣) ليست في (ب)، وفي (أ): «أبي».
(٤) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).
(٥) (برقم: ١٧٠١).
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) ما بين القوسين من (م).
(٨) في (م): «غنيا فيها».

[٢٣٩٦/أ] **فَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهَا لَا تُدْفَعُ إِلَيْهِ إِذَا لَمْ يَعْرِفِ الْعِفَاصَ وَلَا الْوِكَاءَ[١].

[٢٣٩٦/ب] **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا عَرَفَ ذَلِكَ هَلْ يَحْتَاجُ مَعَ ذَلِكَ إِلَى بَيِّنَةٍ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ[٢]: يَسْتَحِقُّ بِالْعَلَامَةِ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٣]، وَالشَّافِعِيُّ[٤]: لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

مُعَارَضَةُ الْأَصْلِ فِي اشْتِرَاطِ الشَّهَادَةِ، فِي صِحَّةِ الدَّعْوَى لِظَاهِرِ هَذَا الْحَدِيثِ.

فَمَنْ غَلَّبَ الْأَصْلَ قَالَ: لَا بُدَّ مِنَ الْبَيِّنَةِ.

وَمَنْ غَلَّبَ ظَاهِرَ الْحَدِيثِ، قَالَ: لَا يَحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ.

وَإِنَّمَا اشْتَرَطَ الشَّهَادَةَ فِي ذَلِكَ: الشَّافِعِيُّ[٥]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٦]؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ ـ

---

(١) قال القرطبي في «تفسيره» (١٠/ ٢٦٩): «وأجمع العلماء: أنَّ عفاص اللقطة ووكاءها من إحدى علاماتها وأدلتها عليها، فإذا أتى صاحب اللقطة بجميع أوصافها دفعت له».

(٢) «المنتقى (٦/ ١٣٦)، «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٩)، «المقدمات الممهدات» (٢/ ٤٨١ ـ ٤٨٢)، حاشية الدسوقي (٤/ ١١٩)، «التاج والإكليل» (٦/ ٧٠)، «شرح الخرشي» (٧/ ١٢١)، منح الجليل (٨/ ٢٢٨)، «الذخيرة» (٩/ ١١٧).
وهو مذهب الحنابلة: «المغني» (٦/ ١٢)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٣٨٤)، كشاف القناع (٤/ ٢٢٠)، «مطالب أولي النهى» (٤/ ٢٣٤)، «الإنصاف» (٦/ ٤١٨)، «الكافي» (٢/ ٣٥٤)..

(٣) «العناية شرح الهداية» (٦/ ١٢٩)، «فتح القدير» (٦/ ١٢٩)، «الاختيار لتعليل المختار» (٢/ ٤١٩)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٣٠٦).

(٤) «الأم» (٤/ ٦٦)، «الحاوي الكبير» (٨/ ٢٣)، «البيان» (٧/ ٥٣٦)، «روضة الطالبين» (٥/ ٤١٣)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤١٦)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٤٤٤).

(٥) «روضة الطالبين» (٥/ ٤١٣).

(٦) «الهداية شرح البداية» (٢/ ٤١٩)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٢).

عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا؛ فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا**»(١)، يُحْتَمَلُ: أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِمَعْرِفَةِ الْعِفَاصِ وِالوِكاء، لِئَلَّا يَخْتَلِطَ عِنْدَهُ بِغَيْرِهَا. وَيُحْتَمَلُ: أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِذَلِكَ لِيُعَرِّفَهَا لِطَالِبِهَا بِالْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ، فَلَمَّا وَقَعَ الِاحْتِمَالُ وَجَبَ الرُّجُوعُ إِلَى الْأَصْلِ، فَإِنَّ الْأُصُولَ لَا تُعَارَضُ بِالِاحْتِمَالَاتِ الْمُخَالِفَةِ لَهَا؛ إِلَّا أَنْ تَصِحَّ الزِّيَادَةُ الَّتِي نَذْكُرُهَا بَعْدُ.

[٢٣٩٦/د] وَعِنْدَ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ(٢): أَنَّ عَلَى صَاحِبِ اللُّقَطَةِ أَنْ يَصِفَ مَعَ الْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ صِفَةَ الدَّنَانِيرِ وَالْعَدَدَ.

قَالُوا: وَذَلِكَ مَوْجُودٌ فِي بَعْضِ رِوَايَاتِ الْحَدِيثِ، وَلَفْظُهُ: «**فَإِنْ جَاءَ باغيها وَوَصَفَ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَدَدَهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ**»(٣).

قَالُوا: وَلَكِنْ لَا يَضُرُّهُ [أ/ ٤٢٤و] الْجَهْلُ بِالْعَدَدِ إِذَا عَرَفَ الْعِفَاصَ وَالْوِكَاءَ، وَكَذَلِكَ إِنْ زَادَ فِيهِ.

[٢٣٩٦/هـ] وَاخْتَلَفُوا إِنْ نَقَصَ مِنَ الْعَدَدِ عَلَى قَوْلَيْنِ.

[٢٣٩٦/و] وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا إِذَا جَهِلَ الصِّفَةَ وَجَاءَ بِالْعِفَاصِ وَالْوِكَاءِ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) «مواهب الجليل» (٦/ ٧٠)، «الفواكه الدواني» (٢/ ١٧٤)، «شرح الخرشي» (٧/ ١٢١).
قال الباجي في «المنتقى» (٦/ ١٣٦): «والمراعى فيما يصف من ذلك: صفة العفاص والوكاء والعدد إن كانت دراهم أو دنانير، قاله ابن القاسم وأشهب، وعند أصبغ: العفاص والوكاء».
قال ابن حجر في «الفتح» (٥/ ٨٢): «وقول ابن القاسم أقوى؛ لثبوت ذكر العدد في الرواية الأخرى وزيادة الحافظ حجة».
وفي «مواهب الجليل» (٦/ ٧٠): «اعتبار عدد الدنانير والدراهم قولان، قال في التوضيح: القول الأول باعتباره لابن القاسم، والأخير لأصبغ والأول أظهر...».
وذهب أصبغ وابن عبد البر إلى أنه لا يشترط معرفة العدد إذا عرف العفاص والوكاء.
قال ابن عبد البر في «الكافي» (٢/ ٨٣٦): «وتدفع اللقطة إلى متعرّفها إن عرف عفاصها ووكاءها، وإن لم يعرف عدد دنانيرها ودراهمها، ولا صفة سِكَّتها».

(٣) تقدم تخريجه.

وَأَمَّا إِذَا غَلِطَ فِيهَا: فَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَأَمَّا إِذَا عَرَفَ إِحْدَى الْعَلَامَتَيْنِ اللَّتَيْنِ وَقَعَ النَّصُّ عَلَيْهِمَا وَجَهِلَ الْأُخْرَى:

فَقِيلَ: إِنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ إِلَّا بِمَعْرِفَتِهِمَا جَمِيعًا.

وَقِيلَ: يُدْفَعُ إِلَيْهِ بَعْدَ الِاسْتِبْرَاءِ.

وَقِيلَ: إِنِ ادَّعَى الْجَهَالَةَ اسْتُبْرِئَ، وَإِنْ غَلِطَ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ.

[٢٣٩٦/ز] وَاخْتَلَفَ الْمَذْهَبُ إِذَا أَتَاهُ(١) بِالْعَلَامَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ؛ هَلْ يُدْفَعُ إِلَيْهِ بِيَمِينٍ أَوْ بِغَيْرِ يَمِينٍ؟

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: بِغَيْرِ يَمِينٍ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: بِيَمِينٍ.

وَأَمَّا ضَالَّةُ الْغَنَمِ:

٢٣٩٧ فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ لِوَاجِدِ ضَالَّةِ الْغَنَمِ فِي الْمَكَانِ الْقَفْرِ الْبَعِيدِ مِنَ الْعُمْرَانِ أَنْ [ب/ ٣٧٤و] يَأْكُلَهَا(٢)؛ «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي الشَّاةِ: «**هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ**»(٣).

٢٣٩٨ وَاخْتَلَفُوا هَلْ يُضَمَّنُ قِيمَتَهَا لِصَاحِبِهَا أَمْ لَا؟

فَقَالَ جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ(٤): إِنَّهُ يُضَمَّنُ قِيمَتَهَا.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي أَشْهَرِ الْأَقَاوِيلِ عَنْهُ: إِنَّهُ لَا يُضَمَّنُ(٥).

---

(١) في (م): «أتى».

(٢) قال الحافظ ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٢/ ٣٣٠): «أجمعوا: أن لآخذ ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها أكلها».
وقال القرطبي في «تفسيره» (١١/ ٢٦٨): «وأجمعوا: أن آخذ ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها».

(٣) أخرجه البخاري (٦١١٢)، ومسلم (١٧٢٢).

(٤) «المبسوط» (١١/ ١٠)، «روضة الطالبين» (٥/ ٤٠٣)، «الإنصاف» (٦/ ٤٠٤، ٤٠٧).

(٥) قال سحنون: «إذا أكلها يضمن قيمتها لربها إذا علم به بعد ذلك». «حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢٢).

=

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

مُعَارَضَةُ (الظَّاهِرِ ـ كَمَا قُلْنَا ـ لِلْأَصْلِ الْمَعْلُومِ مِنَ الشَّرِيعَةِ، إِلَّا أَنَّ مَالِكًا)[(١)] هُنَا غَلَّبَ الظَّاهِرَ فَجَرَى عَلَى حُكْمِ الظَّاهِرِ، وَلَمْ يَجْرِ كَذَلِكَ فِي التَّصَرُّفِ فِيمَا وَجَبَ تَعْرِيفُهُ بَعْدَ الْعَامِ؛ لِقُوَّةِ اللَّفْظِ هَاهُنَا.

وَعَنْهُ: رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ يُضَمَّنُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ طَعَامٍ[(٢)] لَا يَبْقَى إِذَا خُشِيَ عَلَيْهِ التَّلَفُ إِنْ تَرَكَهُ.

[٢٣٩٨/أ] وَتَحْصِيلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ عِنْدَ أَصْحَابِهِ فِي ذَلِكَ: أَنَّهَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ[(٣)]:

= قال الدردير في «الشرح الكبير» (٤/ ١٢٢): «وله أكل شاة وجدها بفيفاء، ولم يتيسر حملها للعمران، ولا ضمان، فإن حملها للعمران ولو مذبوحة فربُّها أحق بها إن علم، وعليه أجرة حملها، ووجب تعريفها إن حملها حية كما لو وجدها بقرب العمران، أو اختلطت بغنمه في المرعى».

وقال الخرشي (٧/ ١٢٧): «من وجد شاة بالفيفاء فذبحها فيها وأكلها، فإنه لا ضمان عليه على المشهور، وسواء أكلها في الصحراء أو في العمران، لكن إن حملها أو الطعام إلى العمران ووجده ربه: فهو أحق به، وليدفع له أجرة حمله، فإن أتى بها حية إلى العمران فعليه تعريفها أو يدفعها لمن يثق به يعرِّفها؛ لأنها صارت كاللقطة».

وفي «المدونة» (٦/ ١٧٥): «قلت ـ أي: سَحنون ـ أرأيت من التقط شاة في فيافي الأرض أو بين المنازل؟

قال ـ أي: ابن القاسم ـ سألت مالكًا عن ضالة الغنم يصيبها الرجل؟

قال: أما ما كان قرب القرى فلا يأكلها، وليضمها إلى أقرب القرى إليها يعرِّفها فيها.

قال: وأما ما كان في فلوات الأرض والمَهامِه، فإن تلك يأكلها ولا يعرِّفها. فإن جاء صاحبها فليس له عليه من ثمنها قليل ولا كثير.

وكذلك قال مالك، قال: ألا ترى أن النبي ﷺ قال في الحديث: هي لك أو لأخيك أو للذئب».

(١) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ضامن».

(٣) «المقدمات» (٢/ ٤٨٠).

(١) **قِسْمٌ يَبْقَى فِي يَدِ مُلْتَقِطِهِ** وَيُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفَ إِنْ تُرِكَ كَالْعَيْنِ وَالْعرُوضِ.

(٢) **وَقِسْمٌ لَا يَبْقَى** (فِي يَدِ مُلْتَقِطِهِ)[١] ويُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفَ إِنْ تُرِكَ كَالشَّاةِ فِي الْقَفْرِ، وَالطَّعَامِ الَّذِي يُسْرِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ. [م/٢٤٢ظ]

(٣) **وَقِسْمٌ لَا يُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفَ.**

فَأَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ:

وَهُوَ مَا يَبْقَى فِي يَدِ مُلْتَقِطِهِ وَيُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ، فَإِنَّهُ يَنْقَسِمُ ثَلَاثَة أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ يَسِيرًا لَا بَالَ لَهُ وَلَا قَدْرَ لِقِيمَتِهِ، وَيُعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَهُ لَا يَطْلُبُهُ لِتَفَاهَتِهِ، وَهَذَا لَا يُعَرَّفُ عِنْدَهُ وَهُوَ لِمَنْ وَجَدَهُ.

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ: مَا رُوِيَ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ [أ/٤٢٤ظ] مَرَّ بِتَمْرَةٍ فِي الطَّرِيقِ، فَقَالَ: **لَوْلَا أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا**»[٢].

[ب/٣٧٤ظ]، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهَا تَعْرِيفًا، وَهَذَا مِثْلُ الْعَصَا وَالسَّوْطِ، وَإِنْ كَانَ أَشْهَبُ قَدِ اسْتَحْسَنَ تَعْرِيفَ ذَلِكَ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ يَسِيرًا إِلَّا أَنَّ لَهُ (قَدْرًا وَمَنْفَعَةً)[٣]، فَهَذَا لَا اخْتِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ فِي تَعْرِيفِهِ، وَاخْتَلَفُوا فِي قَدْرِ مَا يُعَرَّفُ.

فَقِيلَ: سَنَةً.

وَقِيلَ: أَيَّامًا.

وَأَمَّا **الثَّالِثُ**: فَهُوَ أَنْ يَكُونَ (كَثِيرًا لَهُ قَدْرٌ)[٤].

فَهَذَا لَا اخْتِلَافَ فِي وُجُوبِ تَعْرِيفِهِ حَوْلًا.

---

(١) من (م).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٣١)، ومسلم (١٠٧١).

(٣) في (م): «منفعة ظاهرة».

(٤) في (م): «كثير القدر».

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي: وَهُوَ (مَا لَا يَبْقَى)[١] بِيَدِ مُلْتَقِطِهِ، وَيُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ، فَإِنَّ هَذَا يَأْكُلُهُ كَانَ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا، وَهَلْ يُضَمَّنُ؟

فِيهِ رِوَايَتَانِ ـ كَمَا قُلْنَا: الْأَشْهَرُ أَنْ لَا ضَمَانَ.

[٢٣٩٨/ب] وَاخْتَلَفُوا إِنْ وُجِدَ مَا يُسْرِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ فِي الْحَاضِرَةِ:

فَقِيلَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ: عَلَيْهِ الضَّمَانُ.

وَقِيلَ: بِالْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ أَوْ يَأْكُلَهُ؛ أَعْنِي: أَنَّهُ يُضْمَنُ فِي الْأَكْلِ وَلَا يُضْمَنُ فِي الصَّدَقَةِ.

وَأَمَّا **الْقِسْمُ الثَّالِثُ**: فَهُوَ كَالْإِبِلِ، والِاخْتِيَارَ عِنْدَهُ فِيها التَّرْكُ لِلنَّصِّ الْوَارِدِ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ أَخَذَهَا وَجَبَ تَعْرِيفُهَا، وَالِاخْتِيَارُ تَرْكُهَا:

قِيلَ فِي الْمَذْهَبِ: هُوَ عَامٌّ فِي جَمِيعِ الْأَزْمِنَةِ.

وَقِيلَ: إِنَّمَا هُوَ فِي زَمَانِ الْعَدْلِ، وَأَنَّ الْأَفْضَلَ فِي زَمَانِ غَيْرِ الْعَدْلِ الْتِقَاطُهَا[٢].

وَأَمَّا (إِنْ ضَمِنَهَا)[٣] فِي الْعَامِ الَّذِي تُعَرَّفُ فِيهِ؛ فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ مَنِ الْتَقَطَهَا وَأَشْهَدَ عَلَى الْتِقَاطِهَا فَهَلَكَتْ عِنْدَهُ أَنَّهُ غَيْرُ ضَامِنٍ[٤].

---

(١) في (م): «ما يبقى».

(٢) «البيان والتحصيل» (١٥/ ٣٦٠)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢٢).

وجاء في حاشية الدسوقي: «المعتمد من مذهب مالك: تركها مطلقًا، قال في «المقدمات» بعد أن ذكر عدم التقاط الإبل، قيل: إن ذلك في جميع الزمان، وهو ظاهر قول مالك في المدونة والعتبية.

وقيل: هو خاص بزمن العدل، وصلاح الناس، وأما في الزمن الذي فسد فالحكم فيه أن تؤخذ وتعرَّف، فإن لم تعرف بيعت ووقف ثمنها لربها فإذا أيس منه تصدق به كما فعل عثمان لما دخل الناس في زمنه الفساد، وقد روي ذلك عن مالك أيضًا».

(٣) في (م): «ضمانها».

(٤) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٢/ ٣٢٤): «ولا خلاف أنَّ الملتقط أمين، لا ضمان =

[٢٣٩٨/ج] وَاخْتَلَفُوا إِذَا لَمْ يُشْهِدْ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(١)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٢)]، وَأَبُو يُوسُفَ[(٣)]، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ[(٤)]: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِنْ لَمْ يُضَيِّعْ وَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٥)]، وَزُفَرُ[(٦)]: يَضْمَنُهَا إِنْ هَلَكَتْ وَلَمْ يُشْهِدْ.

واسْتَدَلَّ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ: بِأَنَّ اللُّقَطَةَ وَدِيعَةٌ فَلَا يَنْقُلُهَا تَرْكُ الْإِشْهَادِ مِنَ الْأَمَانَةِ إِلَى الضَّمَانِ.

قَالُوا: وَهِيَ وَدِيعَةٌ بِمَا جَاءَ مِنْ حَدِيثِ سُلَيْمَانَ بْنِ بِلَالٍ وَغَيْرِهِ أَنَّهُ قَالَ: إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا فَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ.

وَاسْتَدَلَّ أَبُو حَنِيفَةَ وَزُفَرُ؛ بِحَدِيثِ مُطَرِّفِ بْنِ الشِّخِّيرِ، عَنْ عِيَاضِ بْنِ حِمَارٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«مَنِ الْتَقَطَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَوِي عَدْلٍ عَلَيْهَا، وَلَا يَكْتُمْ وَلَا يُغَيِّبْ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا: فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا، وَإِلَّا فَهُوَ مَالُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ»**[(٧)].

= عليه إلا بما تضمن به الأمانات من التعدي والتضييع والاستهلاك».
وفي «حاشية العدوي» (٤٥٨/٧): «قيل: لا شيء على الملتقط.
وقيل: يخيَّر ربها بين أخذ القيمة وبين أخذها وما نقصها إذا نقصت نقصًا قويًّا بالاستعمال، وإلا فيأخذها مع نقصها، وقيل: ليس له إلا نقصها فقط».

(١) «الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (٤/ ١٧٠)، «منح الجليل» (٨/ ٢٣١)، «القوانين الفقهية» (ص٢٢٤).

(٢) «المهذب (١/ ٤٣٠)، «نهاية المطلب» (٨/ ٤٤٩)، «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٧/ ٥٢٥)، «روضة الطالبين» (٥/ ٤٠٦)، «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩١)، «الوسيط» (٤/ ٢٩٦)..

(٣) «شرح فتح القدير» (٦/ ١٢٣)، «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٣٥).

(٤) «شرح فتح القدير» (٦/ ١٢٣)، «الاختيار» (٣/ ٣٥).

(٥) «شرح فتح القدير» (٦/ ١٢٣)، «الاختيار» (٣/ ٣٥).

(٦) «شرح فتح القدير» (٦/ ١٢٣)، «الاختيار» (٣/ ٣٥).

(٧) أخرجه أبو داود (١٧٠٩)، والنسائي في «الكبرى» (٥٨٠٨)، وابن ماجه (٢٥٠٥)، وأحمد (٤/ ١٦١)، وابن أبي شيبة (٦/ ٤٥٥ ـ ٤٥٦)، والطحاوي في «مشكل الآثار» =

[٢٣٩٨/د] وَتَحْصِيلُ الْمَذْهَبِ فِي ذَلِكَ: أَنَّ وَاجِدَ اللُّقَطَةِ عِنْدَ مَالِكٍ لَا يَخْلُو [أ/ ٤٢٥و] الْتِقَاطُهُ لَهَا مِنْ **ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ**[١]: [ب/ ٣٧٥و]

أَحَدُهَا: أَنْ يَأْخُذَهَا عَلَى جِهَةِ الِاغْتِيَالِ لَهَا.

وَالثَّانِي: أَنْ يَأْخُذَهَا عَلَى جِهَةِ الِالْتِقَاطِ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَأْخُذَهَا لَا عَلَى جِهَةِ الِالْتِقَاطِ وَلَا عَلَى جِهَةِ الِاغْتِيَالِ.

فَإِنْ أَخَذَهَا عَلَى جِهَةِ الِالْتِقَاطِ: فَهِيَ أَمَانَةٌ عِنْدَهُ وعَلَيْهِ حِفْظُهَا وَتَعْرِيفُهَا.

فَإِنْ رَدَّهَا بَعْدَ أَنِ الْتَقَطَهَا:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُضَمَّنُ.

وَقَالَ أَشْهَبُ[٢]: لَا يُضَمَّنُ إِذَا رَدَّهَا فِي مَوْضِعِهَا، فَإِنْ رَدَّهَا فِي غَيْرِ مَوْضِعِهَا ضُمِّنَ كَالْوَدِيعَةِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي تَلَفِهَا دُونَ يَمِينٍ إِلَّا أَنْ يُتَّهَمَ.

وَأَمَّا إِذَا قَبَضَهَا مُغْتَالًا لَهَا: فَهُوَ ضَامِنٌ لَهَا، وَلَكِنْ لَا يُعْرَفُ هَذَا الْوَجْهُ إِلَّا مِنْ قِبَلِهِ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّالِثُ، فَهُوَ مِثْلُ أَنْ يَجِدَ ثَوْبًا فَيَأْخُذَهُ، وَهُوَ يَظُنُّهُ لِقَوْمٍ بَيْنَ يَدَيْهِ لِيَسْأَلَهُمْ عَنْهُ، فَهَذَا إِنْ لَمْ يَعْرِفُوهُ وَلَا ادَّعَوْهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ حَيْثُ وَجَدَهُ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ بِاتِّفَاقٍ عِنْدَ أَصْحَابِ مَالِكٍ[٣].

٢٣٩٩ وَتَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْبَابِ مَسْأَلَةٌ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيهَا، وَهُوَ الْعَبْدُ يَسْتَهْلِكُ اللُّقَطَةَ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٤]: إِنَّهَا فِي رَقَبَتِهِ إِمَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ سَيِّدُهُ فِيهَا، وَإِمَّا أَنْ يَفْدِيَهُ بِقِيمَتِهَا، هَذَا إِذَا كَانَ اسْتِهْلَاكُهُ قَبْلَ الْحَوْلِ.

= (٣١٣٧)، (٤٧١٥)، (٣١٣٦)، (٤٧١٤)، وفي «معاني الآثار» (٤/ ١٣٦) من طريق خالد الحذاء، عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ الشِّخِّيرِ، عَنْ أَخِيهِ مُطَرِّفِ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ الشِّخِّيرِ، عَنْ عِيَاضِ بْنِ حِمَارٍ مرفوعًا به.

(١) «المقدمات» (٢/ ٤٨١).

(٢) تقدم الكلام على هذه المسألة.

(٣) «الشرح الصغير» (٤/ ١٧٠)، «منح الجليل» (٨/ ٢٣١).

(٤) «منح الجليل» (٨/ ٢٣١).

فَإِنِ اسْتَهْلَكَهَا بَعْدَ الْحَوْلِ: كَانَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ، وَلَمْ تَكُنْ فِي رَقَبَتِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[١]: [م/٢٤٣و] إِنْ عَلِمَ بِذَلِكَ السَّيِّدُ فَهُوَ الضَّامِنُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا السَّيِّدُ كَانَتْ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ.

٢٤٠٠ وَاخْتَلَفُوا[٢] هَلْ يَرْجِعُ الْمُلْتَقِطُ بِمَا أَنْفَقَ عَلَى اللُّقَطَةِ عَلَى صَاحِبِهَا أَمْ لَا؟

فَقَالَ الْجُمْهُورُ[٣]: مُلْتَقِطُ اللُّقَطَةِ مُتَطَوِّعٌ بِحِفْظِهَا فَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ عَلَى صَاحِبِ اللُّقَطَةِ.

وَقَالَ الْكُوفِيُّونَ[٤]: لَا يَرْجِعُ بِمَا أَنْفَقَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ النَّفَقَةُ عَنْ إِذْنِ الْحَاكِمِ.

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هِيَ مِنْ أَحْكَامِ الِالْتِقَاطِ، وَهَذَا الْقَدْرُ كَافٍ بِحَسَبِ غَرَضِنَا فِي هَذَا الْبَابِ[٥].

بَابٌ فِي اللَّقِيطِ

وَالنَّظَرُ فِي:

(١) أَحْكَامِ الِالْتِقَاطِ.

(٢) وَفِي الْمُلْتَقِطِ.

(٣) وَاللَّقِيطِ.

---

(١) «الوسيط» (٤/ ٢٨٢).

(٢) في (م): «واختلف».

(٣) «منح الجليل» (٨/ ٢٤٢)، «شرح الخرشي» (٧/ ١٢٨)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢٣)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤١٠)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٤٣٥)، «روضة الطالبين» (٥/ ٤٠٤)، «الإنصاف» (٦/ ٤٠٧)، «الإقناع» (٢/ ٤٠٠)، «كشاف القناع» (٤/ ٢١٥).

(٤) «البحر الرائق» (٥/ ١٦٧)، «العناية شرح الهداية» (٦/ ١٢٥)، «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٢٨١)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٣٠٥)، «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٣٤).

(٥) في (م): «الكتاب».

(٤) وَفِي أَحْكَامِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[١]: كُلُّ شَيْءٍ ضَائِعٍ لَا كَافِلَ لَهُ:

فَالْتِقَاطُهُ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ.

وَفِي وُجُوبِ الْإِشْهَادِ عَلَيْهِ خِيفَةَ الِاسْتِرْقَاقِ خِلَافٌ.

وَالْخِلَافُ فِيهِ مَبْنِيٌّ عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي الْإِشْهَادِ عَلَى اللُّقَطَةِ. [أ/ ٤٢٥ظ]

وَاللَّقِيطُ:

هُوَ الصَّبِيُّ الصَّغِيرُ (غَيْرُ الْبَالِغِ)[٢].

وَإِنْ كَانَ مُمَيِّزًا:

فَفِيهِ فِي مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ تَرَدُّدٌ[٣].

وَالْمُلْتَقِطُ:

هُوَ كُلُّ حُرٍّ عَدْلٍ رَشِيدٍ.

وَلَيْسَ الْعَبْدُ وَالْمُكَاتِبُ بِمُلْتَقِطٍ.

وَالْكَافِرُ يَلْتَقِطُ الْكَافِرَ دُونَ الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ.

وَيَلْتَقِطُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَيُنْزَعُ مِنْ يَدِ الْفَاسِقِ وَالْمُبَذِّرِ.

وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الْمُلْتَقِطِ: الْغِنَى، وَلَا تَلْزَمُ نَفَقَةُ الْمُلْتَقَطِ عَلَى مَنِ الْتَقَطَهُ، وَإِنْ أَنْفَقَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ.

وَأَمَّا أَحْكَامُهُ:

(أ) فَإِنَّهُ يَحْكُمُ لَهُ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ إِنِ الْتَقَطَهُ فِي دَارِ الْمُسْلِمِينَ.

---

(١) «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٦)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٤٤٧).

(٢) في (م): «الغير بالغ».

(٣) «مغني المحتاج» (٢/ ٤١٨)، «تحفة المحتاج» (٦/ ٣٤١)، «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٦)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٤٤٧).

(ب) وَيُحْكَمُ لِلطِّفْلِ بِالْإِسْلَامِ بِحُكْمِ أَبِيهِ عِنْدَ مَالِكٍ[١].

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ[٢] بِحُكْمِ مَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمَا، وَبِهِ قَالَ ابْنُ وَهْبٍ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ[٣].

٢٤٠١ وَقَدِ اخْتُلِفَ فِي اللَّقِيطِ:

فَقِيلَ: إِنَّهُ عَبْدٌ لِمَنِ الْتَقَطَهُ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ حُرٌّ وَوَلَاؤُهُ لِمَنِ الْتَقَطَهُ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ حُرٌّ وَوَلَاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ[٤]، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ[٥] وَالَّذِي[٦] تَشْهَدُ لَهُ الْأُصُولُ.

إِلَّا أَنْ [ب/ ٣٧٥ظ] يَثْبُتَ فِي ذَلِكَ أَثَرٌ تُخَصُّ بِهِ الْأُصُولُ، مِثْلَ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: **«تَرِثُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثَةً: لَقِيطَهَا، وَعَتِيقَهَا، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنَت عَلَيْهِ»**[٧].

(تَمَّ الْكِتَابُ)[٨].

---

(١) «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ١٠٠٠)، «الدسوقي» (٤/ ١٢٦)، «الخرشي» (٧/ ١٣٢)، «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (٤/ ١٨١)، «مواهب الجليل» (٦/ ٨١)، «منح الجليل» (٨/ ٢٤٨).

(٢) «روضة الطالبين» (٥/ ٤٣٣ - ٤٣٤)، «أسنى المطالب» (٢/ ٤٩٩)، «تحفة المحتاج» (٦/ ٣٥٠)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٤٥٤).

(٣) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٤٠).

(٤) «البحر الرائق» (٥/ ١٥٦).

(٥) «المدونة» (٣/ ٣٦٨)، «منح الجليل» (٨/ ٢٤٨)، «مواهب الجليل» (٦/ ٨١)، «الشرح الكبير» (٤/ ١٢٥).

(٦) خبرٌ ثانٍ، وليس كلامًا مستأنفًا، والمعنى: وهو الذي تشهد له الأصول.... إلخ.

(٧) أخرجه أبو داود (٢٩٠٦)، وابن ماجه (٢٧٤٢)، والترمذي (٢١١٥)، وأحمد (٣/ ٤٩٠ و٤/ ١٠٦ - ١٠٧)، وابن عدي (٥/ ١٧٠٧)، والدارقطني (٤/ ٨٩)، والبيهقي (٦/ ٢٤٠ و٢٥٩)، وفي «معرفة السُّنن» (٩/ ١٥٢)، والمزي في «تهذيب الكمال» (٢١/ ٣٤٤ - ٣٤٥) من طريق محمد بن حرب الخولاني ثنا عمر بن رؤبة التغلبي عن عبد الواحد بن عبد الله بن بسر النصري: سمعت واثلة بن الأسقع رفعه: فذكره.
قال ابن عدي عن عمر بن رؤبة: «أنكروا عليه أحاديثه عن عبد الواحد النصري».

(٨) من (م).

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ[1]

وَجُلُّ الْمَسَائِلِ الْمَشْهُورَةِ بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ فِي هَذَا الْكِتَابِ، هِيَ فِي أَحْكَامِ الْوَدِيعَةِ:

٢٤٠٢ **فَمِنْهَا:**

أَنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهَا أَمَانَةٌ لَا مَضْمُونَةٌ[2]، إِلَّا مَا حُكِيَ عَنْ عُمَرَ[3] بْنِ الْخَطَّابِ[4].

قَالَ الْمَالِكِيُّونَ: وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهَا أَمَانَةٌ: أَنَّ اللهَ أَمَرَ بِأَدَاءِ الْأَمَانَاتِ وَلَمْ يَأْمُرْ بِالْإِشْهَادِ، فَوَجَبَ أَنْ يُصَدَّقَ الْمُودِعُ[5] الْمُسْتَوْدَعِ فِي دَعْوَاهُ رَدَّ الْوَدِيعَةِ مَعَ يَمِينِهِ إِنْ كَذَّبَهُ[6] الْمُودِعُ.

قَالُوا: إِلَّا أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ بِبَيِّنَةٍ، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ.

قَالُوا: لِأَنَّه إِذَا دَفَعَهَا إِلَيْهِ بِبَيِّنَةٍ فَكَأَنَّهُ ائْتَمَنَهُ عَلَى حِفْظِهَا وَلَمْ يَأْتَمِنْهُ عَلَى رَدِّهَا، فَيُصَدَّقُ فِي تَلَفِهَا وَلَا يُصَدَّقُ في رَدِّهَا، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ.

---

(١) هي لغةً: فعيلة بمعنى مفعولة، وأودعت زيدًا مالًا: دفعته إليه ليكون عنده وديعة.
وجمعها ودائع، واشتقاقها من الدعة: وهي الراحة.
وفي الشرع: هي عبارة عن توكل لحفظ مال غيره، تبرعًا بغير تصرف.
انظر: «المصباح» (ص٨١٢)، «المطلع على أبواب المقنع» (ص٢٧٩).
(٢) وحكى الإجماعَ: ابن المنذر فِي «الإشراف على مذاهب أهل العلم» (٦/ ٣٣١).
(٣) كذا في (م) ـ وهو الصواب، وفي بقية النسخ: «ابن عمر».
(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٤٧٩٩)، والبيهقي (٦/ ٢٨٩). وصححه ابن حزم في «المحلى» (٨/ ٢٧٧).
(٥) من (أ).
(٦) في (م): «كذب».

وَقَدْ قِيلَ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ[(١)]: إِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ وَإِنْ دَفَعَهَا بِبَيِّنَةٍ.

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[(٢)] [أ/٤٢٦و]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٣)].

[٢٤٠٢/...] وَهُوَ الْقِيَاسُ؛ لِأَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ التَّلَفِ وَدَعْوَى الرَّدِّ، وَيَبْعُدُ أَنْ تَنْتَقِضَ الْأَمَانَةُ وَهَذَا فِيمَنْ دَفَعَ الْأَمَانَةَ إِلَى الْيَدِ الَّتِي دَفَعَتْهَا إِلَيْهِ.

وَأَمَّا مَنْ دَفَعَهَا إِلَى غَيْرِ الْيَدِ الَّتِي دَفَعَتْهَا إِلَيْهِ:

فَعَلَيْهِ مَا عَلَى وَلِيِّ الْيَتِيمِ مِنَ الْإِشْهَادِ عِنْدَ مَالِكٍ[(٤)]، وَإِلَّا ضَمِنَ، يُرِيدُ قَوْلَ اللهِ ـ عز وجل ـ: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]، فَإِنْ أَنْكَرَ الْقَابِضُ الْقَبْضَ فَلَا يُصَدَّقُ الْمُسْتَوْدَعُ فِي الدَّفْعِ عِنْدَ مَالِكٍ (وَأَصْحَابِهِ إِلَّا بالبينة.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يَتَخَرَّجُ مِنَ الْمَذْهَبِ)[(٥)] أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي ذَلِكَ.

وَسَوَاءٌ عِنْدَ مَالِكٍ أَمَرَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ بِدَفْعِهَا إِلَى الَّذِي دَفَعَهَا إِلَيْهِ[(٦)] أَوْ لَمْ يَأْمُرْ. [م/٢٤٣ظ]

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٧)]: إِنْ كَانَ ادَّعَى دَفْعَهَا إِلَى مَنْ أَمَرَهُ بِدَفْعِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَوْدَعِ مَعَ يَمِينِهِ، فَإِنْ أَقَرَّ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ بِالْوَدِيعَةِ.

أَعْنِي: إِذَا كَانَ غَيْرَ الْمُودِعِ ـ وَادَّعَى التَّلَفَ، فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَوْدَعُ دَفَعَهَا إِلَى أَمَانَةٍ ـ وَهُوَ وَكِيلُ الْمُسْتَوْدَعِ ـ أَوْ إِلَى ذِمَّةٍ.

فَإِنْ كَانَ الْقَابِضُ أَمِينًا:

٢٤٠٣ فَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ[(٨)]:

فَقَالَ مَرَّةً: يُبَرَّأُ الدَّافِعُ بِتَصْدِيقِ الْقَابِضِ، وَتَكُونُ الْمُصِيبَةُ مِنَ الْآمِرِ الْوَكِيلَ بِالْقَبْضِ.

---

(١) «مواهب الجليل» (٧/ ٢٨٩).

(٢) «المهذب» (١/ ٣٠٤)، «روضة الطالبين» (٣/ ٢٧٦).

(٣) «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٣٩١).

(٤) «مواهب الجليل» (٧/ ٢٨٩).

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٦) من (أ).

(٧) «المبسوط» (١١/ ١٢٧).

(٨) «مواهب الجليل» (٧/ ٢٩٦).

وَمَرَّةً قَالَ: لَا يُبَرَّأُ الدَّافِعُ إِلَّا بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الدَّفْعِ أَوْ يَأْتِي الْقَابِضُ بِالْمَالِ.

وَأَمَّا إِنْ دَفَعَ إِلَى ذِمَّةٍ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ رَجُلٌ لِلَّذِي عِنْدَهُ الْوَدِيعَةُ ادْفَعْهَا إِلَيَّ سَلَفًا أَوْ تَسَلُّفًا فِي سِلْعَةٍ أَوْ مَا [ب/٣٧٦و] أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَتِ الذِّمَّةُ قَائِمَةً بَرِئَ الدَّافِعُ فِي الْمَذْهَبِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ كَانَتِ الذِّمَّةُ خَرِبَةً، فَقَوْلَانِ.

وَالسَّبَبُ فِي هَذَا الِاخْتِلَافِ كُلِّهِ:

أَنَّ الْأَمَانَةَ تُقَوِّي دَعْوَى(١) الْمُدَّعِي حَتَّى يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ.

فَمَنْ شَبَّهَ أَمَانَةَ الَّذِي أَمَرَهُ الْمُودِعُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ - أَعْنِي: الْوَكِيلَ - بِأَمَانَةِ الْمُودِعِ عِنْدَهُ، قَالَ: يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي دَعْوَاهُ التَّلَفَ، كَدَعْوَى الْمُسْتَوْدَعِ عِنْدَهُ(٢).

وَمَنْ رَأَى أَنَّ تِلْكَ الْأَمَانَةَ أَضْعَفُ، قَالَ: لَا يُبَرَّأُ الدَّافِعُ بِتَصْدِيقِ الْقَابِضِ مَعَ دَعْوَى التَّلَفِ.

وَمَنْ رَأَى الْمَأْمُورَ بِمَنْزِلَةِ الْآمِرِ قَالَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الدَّافِعِ لِلْمَأْمُورِ، كَمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ الآمِرِ، وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ(٣).

وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ أَضْعَفُ مِنْهُ(٤)، قَالَ: الدَّافِعُ ضَامِنٌ إِلَّا أَنْ يُحْضِرَ الْقَابِضُ(٥) الْمَالَ(٦).

٢٤٠٤ وَإِذَا أَوْدَعَهَا بِشَرْطِ الضَّمَانِ:

فَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ.

وَقَالَ الْعَنْبَرِيُّ(٧): يُضَمَّنُ. [أ/٤٢٦ظ]

---

(١) في (م): «دعوة».

(٢) من (م).

(٣) «المبسوط» (١١/ ١٢٧).

(٤) قارن بـ«مناهج التحصيل» (٩/ ٢٣٦).

(٥) في (م): «للقابض».

(٦) «البيان والتحصيل» (١١/ ٥٤).

(٧) في (م): «الغير».

وَبِالْجُمْلَةِ:

فَالْفُقَهَاءُ يَرَوْنَ بِأَجْمَعِهِمْ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِ الْوَدِيعَةِ؛ إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى[1].

وَيَخْتَلِفُونَ فِي أَشْيَاءَ هَلْ هِيَ تَعَدٍّ أَمْ لَيْسَ بِتَعَدٍّ؟

٢٤٠٥ فَمِنْ مَسَائِلِهِمُ الْمَشْهُورَةِ فِي هَذَا الْبَابِ:

إِذَا أَنْفَقَ الْوَدِيعَةَ، ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهَا، أَوْ أَخْرَجَهَا لِنَفَقَتِهِ ثُمَّ رَدَّهَا.

فَقَالَ مَالِكٌ: يَسْقُطُ عَنْهُ الضَّمَانُ بِحَالَةٍ مِثْلِ إِذَا رَدَّهَ[2].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[3]: إِنْ رَدَّهَا بِعَيْنِهَا قَبْلَ أَنْ يُنْفِقَهَا لَمْ يُضَمَّنْ، وَإِنْ رَدَّ مِثْلَهَا ضُمِّنَ.

وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ[4]، وَالشَّافِعِيُّ[5]: يُضَمَّنُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا.

فَمَنْ غَلَّظَ الْأَمْرَ ضَمَّنَهُ إِيَّاهَا بِتَحْرِيكِهَا وَنِيَّةِ[6] اسْتِنْفَاقِهَا، وَمَنْ رَخَّصَ لَمْ يُضَمِّنْهَا إِذَا أَعَادَ مِثْلَهَا.

٢٤٠٦ وَمِنْهَا:

اخْتِلَافُهُمْ فِي السَّفَرِ بِهَا:

فَقَالَ مَالِكٌ[7]: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهَا إِلَّا أَنْ تُعْطَى لَهُ فِي سَفَرٍ.

---

(١) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١١٠)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ٢٥٨ ـ ٢٥٩)، والموصلي فِي «الاختيار» (٣/ ٢٥).

(٢) في المطبوع: «ردها».

(٣) «بدائع الصنائع» (٦/ ٢١٠)، «العناية شرح الهداية» (٧/ ٤٨٧)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٧٧).

(٤) ابن الماجشون، «الاستذكار» (٢٢/ ٢٢٧).

(٥) «روضة الطالبين» (٦/ ٣٤٣).

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «وفيه».

(٧) «تبيين الحقائق» (٥/ ٧٧).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(١)]: لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهَا إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا، وَلَمْ يَنْهَ[(٢)] صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ.

٢٤٠٧ **وَمِنْهَا**: أَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُودَعِ عِنْدَهُ أَنْ يُودِعَ الْوَدِيعَةَ غَيْرَهُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ، فَإِنْ فَعَلَ ضُمِّنَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]: إِنْ أَوْدَعَهَا عِنْدَ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ لَمْ يُضَمَّنْ؛ لِأَنَّهُ شَبَّهَهُ بِأَهْلِ بَيْتِهِ. ولَهُ عِنْدَ مَالِكٍ أَنْ يَسْتَوْدِعَ مَا استودع[(٤)] عِنْدَ عِيَالِهِ الَّذِينَ يَأْمَنُهُمْ، وَهُمْ تَحْتَ كَنَفِهِ[(٥)] مِنْ زَوْجٍ أَوْ وَلَدٍ أَوْ أَمَةٍ ومَنْ أَشْبَهَهُمْ.

وَبِالْجُمْلَةِ:

فَعِنْدَ الْجَمِيعِ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَحْفَظَهَا مِمَّا جَرَتْ بِهِ عَادَةُ النَّاسِ: أَنْ يحفظوا أَمْوَالَهُمْ، فَمَا كَانَ بَيِّنًا مِنْ ذَلِكَ أَنَّهُ حِفْظٌ اتُّفِقَ عَلَيْهِ، وَمَا كَانَ غَيْرَ بَيِّنٍ أَنَّهُ حِفْظٌ اخْتُلِفَ فِيهِ[(٦)]، مِثْلَ اخْتِلَافِهِمْ فِي الْمَذْهَبِ فِيمَنْ جَعَلَ وَدِيعَةً فِي جَيْبِهِ [ب/٣٧٦ظ] فَذَهَبَتْ، وَالْأَشْهَرُ: أَنَّهُ يُضَمَّنُ.

وَعِنْدَ ابْنِ وَهْبٍ[(٧)] أَنَّ مَنْ أُودِعَ وَدِيعَةً فِي الْمَسْجِدِ فَجَعَلَهَا عَلَى نَعْلِهِ، فَذَهَبَتْ أَنَّهُ (لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)[(٨)].

[٢٤٠٧/أ] وَيُخْتَلَفُ في الْمَذْهَبِ فِي ضَمَانِهَا بِالنِّسْيَانِ[(٩)]، مِثْلَ أَنْ يَنْسَاهَا فِي مَوْضِعٍ أَوْ يَنْسَى مَنْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ، أَوْ يَدَّعِيَهَا رَجُلَانِ:

---

(١) «المقدمات الممهدات» (٢/ ٤٥٥)، «شرح الخرشي» (٦/ ١٠٩)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤١٩)، «الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (٣/ ٥٥٠).

(٢) في (م): «يتهمه»، وفي المطبوع: «ينهه».

(٣) «فتح القدير» (٨/ ٤٨٥)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٧١)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢١٠)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٧٧).

(٤) في (م): «أودع». (٥) في (م): «غلقه».

(٦) قال ابن المنذر في «الإشراف على مذاهب أهل العلم» (٦/ ٣٣٠): «أجمع أهل العلم على أن على المودَع إحراز الوديعة وحفظها».

(٧) «المقدمات الممهدات» (٢/ ٤٥٥). (٨) في (م): «يضمن».

(٩) «المقدمات الممهدات» (٢/ ٤٥٢).

فَقِيلَ: يَحْلِفَانِ وَتُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا.

وَقِيلَ: إِنَّهُ يُضَمَّنُ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَإِذَا أَرَادَ السَّفَرَ فَلَهُ عِنْدَ مَالِكٍ(١) أَنْ يُودِعَهَا عِنْدَ ثِقَةٍ مِنْ أَهْلِ الْبَلَدِ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، قَدَرَ عَلَى دَفْعِهَا إِلَى الْحَاكِمِ أَوْ لَمْ يَقْدِرْ. [م/ ٢٤٤و]

[٢٤٠٧/ب] وَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ:

فَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: إِنْ أَوْدَعَهَا لِغَيْرِ الْحَاكِمِ ضُمِّنَ(٢).

وَقَبُولُ الْوَدِيعَةِ عِنْدَ مَالِكٍ(٣) لَا تَجِبُ(٤) فِي حَالٍ.

وَمِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ يَرَى أَنَّهُ وَاجِبٌ [أ/ ٤٢٧و] إِذَا لَمْ يَجِدِ الْمُودِعُ مَنْ يُودِعُهَا عِنْدَهُ.

وَلَا أَجْرَ لِلْمُودَعِ عِنْدَهُ عَلَى حِفْظِ الْوَدِيعَةِ، وَمَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ مَسْكَنٍ أَوْ نَفَقَةٍ فَعَلَى رَبِّهَا.

٢٤٠٨ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي فَرْعٍ مَشْهُورٍ، وَهُوَ فِيمَنْ أُودِعَ مَالًا فَتَعَدَّى فِيهِ وَاتَّجَرَ بِهِ فَرَبِحَ فِيهِ، هَلْ ذَلِكَ الرِّبْحُ حَلَالٌ لَهُ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ(٥)، ....

---

(١) «المدونة» (٦/ ١٤٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢/ ٨٥٠)، «شرح الخرشي» (٦/ ١٠٩)، «التاج والإكليل» (٥/ ٢٥٤)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٢١)، «منح الجليل» (٧/ ٩).
في المدونة: «قلت: فلو أن رجلًا استودعني وديعة، فحضر مسيري إلى بعض البلدان، فخفت عليها، فحملتها معي، فضاعت، أأضمن في قول مالك؟ قال: نعم. قلت: وكيف أصنع بها؟ قال: تستودعها في قول مالك ولا تعرِّضها للتلف».

(٢) «روضة الطالبين» (٦/ ٣٢٨).

(٣) «مواهب الجليل» (٤/ ٢٢٨)، «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣).

(٤) في (أ): «لا يجب».

(٥) «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٢١).
وقال الباجي في المنتقى (٥/ ٢٧٩): «قال يحيى: سمعت مالكًا يقول: إذا استودع الرجل مالًا فابتاع به لنفسه، وربح فيه، فإن ذلك الربح له؛ لأنه ضامن للمال حتى يؤديه إلى صاحبه. اهـ

=

وَاللَّيْثُ[(١)]، وَأَبُو يُوسُفَ[(٢)]، وَجَمَاعَةٌ: إِذَا رَدَّ الْمَالَ طَابَ لَهُ الرِّبْحُ، وَإِنْ كَانَ غَاصِبًا لِلْمَالِ فَضْلًا عَنْ أَنْ يَكُونَ مُسْتَوْدَعًا عِنْدَهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]، وَزُفَرُ[(٤)]، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ[(٥)]: يُؤَدِّي الْأَصْلَ وَيَتَصَدَّقُ بِالرِّبْحِ.

وَقَالَ قَوْمٌ[(٦)]: لِرَبِّ الْوَدِيعَةِ الْأَصْلُ وَالرِّبْحُ.

وَقَالَ قَوْمٌ[(٧)]: هُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْأَصْلِ وَالرِّبْحِ.

وَقَالَ قَوْمٌ[(٨)]: الْبَيْعُ الْوَاقِعُ فِي تِلْكَ التِّجَارَةِ فَاسِدٌ.

= قال الباجي: وهذا على حسب ما قال: إن من اتجر بمال استودعه فربح فيه، فإن الربح له، وقد اختلف قول مالك في جواز السلف من الوديعة بغير إذن المودع، فحكى القاضي أبو محمد في معونته: أن ذلك مكروه.

وقد روى أشهب عن مالك في العتبية أنه قال: ترك ذلك أحب إلي، وقد أجازه بعض الناس، فروجع في ذلك فقال: إن كان له مال فيه وفاء، وأشهد، فأرجو أن لا بأس به.

ووجه الكراهة: ما احتج به القاضي أبو محمد؛ لأنَّ صاحبها إنما دفعها إليه لا لينتفع بها، ولا ليصرفها، فليس له أن يُخرجها عما قبضها عليه...».

ومذهب الحنابلة: قال في الإنصاف (٦/ ٢٠٩).: «لو اتجر بالوديعة، فالربح للمالك على الصحيح من المذهب، ونص عليه في رواية الجماعة، ونقل حنبل ليس لواحد منهما، ويتصدق به، قال الحارثي: وهذا من الإمام أحمد مقتض لبطلان العقد، وذلك وفق المذهب المختار في تصرف الغاصب، وهو أقوى». انتهى.

(١) «الإشراف» (٦/ ٣٣٧ ـ ٣٣٩).

(٢) «المبسوط» (٣/ ٤٩)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٤)، «الهداية» (٤/ ٢٩٨)، «العناية على شرح الهداية» (٩/ ٣٣٠).

(٣) «المبسوط» (٣/ ٤٩)، «البدائع» (٦/ ١٤)، «الهداية» (٤/ ٢٩٨)، «العناية» (٩/ ٣٣٠).

(٤) «المبسوط» (٣/ ٤٩).

(٥) «المبسوط» (٣/ ٤٩)، «البدائع» (٦/ ١٤)، «الهداية» (٤/ ٢٩٨)، «العناية» (٩/ ٣٣٠).

(٦) «الإشراف» (٦/ ٣٣٨).

(٧) «الإشراف» (٦/ ٣٣٨).

(٨) «الإشراف» (٦/ ٣٣٨).

وَهَؤُلَاءِ هُمُ الَّذِينَ أَوْجَبُوا التَّصَدُّقَ بِالرِّبْحِ إِذَا مَاتَ.

فَمَنِ اعْتَبَرَ التَّصَرُّفَ، قَالَ: الرِّبْحُ لِلْمُتَصَرِّفِ.

وَمَنِ اعْتَبَرَ الْأَصْلَ، قَالَ: الرِّبْحُ لِصَاحِبِ الْمَالِ.

وَلِذَلِكَ لَمَّا أَمَرَ عُمَرُ[1] ﷺ ابْنَيْهِ عَبْدَ اللهِ وَعُبَيْدَ اللهِ أَنْ يَصْرِفَا الْمَالَ الَّذِي أَسْلَفَهُمَا أَبُو مُوسَى الْأَشْعَرِيُّ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَاتَّجَرَا فِيهِ فَرَبِحَا، قِيلَ لَهُ: لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضًا، فَأَجَابَ إِلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ رَأَى أَنَّهُ قَدْ حَصَلَ لِلْعَامِلِ جُزْءٌ وَلِصَاحِبِ الْمَالِ جُزْءٌ، وَأَنَّ ذَلِكَ عَدْلٌ.

۞ ۞ ۞

(١) «الاستذكار» (٢١/ ١١٩).

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا

كِتَابُ الْعَارِيَّةِ(١)

وَالنَّظَرِ فِي الْعَارِيَةِ:

(أ) فِي أَرْكَانِهَا

(ب) وَأَحْكَامِهَا.

وَأَرْكَانُهَا خَمْسَةٌ:

الْإِعَارَةُ، وَالْمُعِيرُ، وَالْمُسْتَعِيرُ، وَالْمُعَارُ، وَالصِّيغَةُ.

أَمَّا الْإِعَارَةُ:

فَهِيَ فِعْلُ خَيْرٍ وَمَنْدُوبٍ إِلَيْهِ، وَقَدْ شَدَّدَ(٢) فِيهَا قَوْمٌ مِنَ السَّلَفِ الْأَوَّلِ.

رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَبَّاسٍ(٣) وَعَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ(٤) أَنَّهُمَا قَالَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ۝٧﴾ [الماعون: ٧]: أَنَّهُ مَتَاعُ [ب/٣٧٧و] الْبَيْتِ الَّذِي يَتَعَاطَاهُ النَّاسُ بَيْنَهُمْ، مِنَ الْفَأْسِ وَالدَّلْوِ وَالْحَبْلِ وَالْقِدْرِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

---

(١) بتشديد الياء في اللغة المشهورة، نسبةً إلى العارة أو العار، ويقال: بتخفيف الياء.
ويقال: عاره، والمصدر: إعارة، وأصلها من العارة، وهي السرعة، أو: من «عار» إذا ذهب وجاء، أو: من التعاور وهو التناوب، أو: من العار، لأن في طلبها عارًا.
وهي في الشرع: عبارة عن إباحة المنافع مِن دون ملك الغير، لمدة معلومة، بلا عوض.
«التدريب»، لابن الملقن (٢/ ١٦٠)، «مواهب الجليل» (٥/ ٢٦٨)، «كشاف القناع» (٤/ ٦٢).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «شذ».

(٣) «المغني» (٧/ ٣٤٠). (٤) «المغني» (٧/ ٣٤٠).

وَأَمَّا الْمُعِيرُ:

فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلَّا كَوْنه مَالِكًا لِلْعَارِيَةِ إِمَّا لِرَقَبَتِهَا أو لِمَنْفَعَتِهَا. وَالْأَظْهَرُ: أَنَّهَا لَا تَصِحُّ مِنَ الْمُسْتَعِيرِ - أَعْنِي: أَنْ يُعِيرَهَا.

وَأَمَّا الْعَارِيَةُ:

فَتَكُونُ فِي الدُّورِ وَالْأَرَضِينَ وَالْحَيَوَانِ، وَجَمِيعِ مَا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ إِذَا كَانَتْ مَنْفَعَتُهُ(١) مُبَاحَةَ الِاسْتِعْمَالِ.

وَلِذَلِكَ لَا تَجُوزُ إِعَارَةُ الْجَوَارِي [أ/٤٢٧ظ] لِلِاسْتِمْتَاعِ.

وَيُكْرَهُ لِلِاسْتِخْدَامِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ ذَات مَحْرَمٍ.

وصِيغَةُ الْإِعَارَةِ:

هِيَ كُلُّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ.

٢٤٠٩ وَهِيَ عَقْدٌ جَائِزٌ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ(٢)، وَأَبِي حَنِيفَةَ(٣).

أَيْ: لِلْمُعِيرِ أَنْ يَسْتَرِدَّ عَارِيَتَهُ إِذَا شَاءَ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي الْمَشْهُورِ(٤): لَيْسَ لَهُ اسْتِرْجَاعُهَا قَبْلَ الِانْتِفَاعِ، وَإِنْ شَرَطَ مُدَّةً ما لَزِمَتْهُ تلك الْمُدَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ مُدَّةً لَزِمَهُ مِنَ الْمُدَّةِ مَا يَرَى النَّاسُ أَنَّهُ مُدَّةٌ لِمِثْلِ تِلْكَ الْعَارِيَةِ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

مَا يُوجَدُ فِيهَا مِنْ شَبَهِ الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ وَغَيْرِ اللَّازِمَةِ.

وَأَمَّا الْأَحْكَامُ فَكَثِيرَةٌ:

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «منفعة».

(٢) «روضة الطالبين» (٤/ ٤٢٩). .

(٣) «العناية شرح الهداية» (٩/ ٦)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٨٤)، «الهداية شرح البداية» (٣/ ٢٢٠)، «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٦٧٨) و(٨/ ٣٨٥).

(٤) «المقدمات» (٢/ ٤٦٩).

٢٤١٠ وَأَشْهَرُهَا: هَلْ هِيَ مَضْمُونَةٌ أَوْ أَمَانَةٌ؟

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنَّهَا مَضْمُونَةٌ وَإِنْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى تَلَفِهَا[١]، وَهُوَ قَوْلُ أَشْهَبَ[٢]، وَالشَّافِعِيِّ[٣]، وَأَحَدُ قَوْلَيْ مَالِكٍ[٤].

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ نَقِيضَ هَذَا، وَهُوَ أَنَّهَا لَيْسَتْ مَضْمُونَةً أَصْلًا، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ[٥].

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يُضَمَّنُ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ (إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى التَّلَفِ بَيِّنَةٌ، وَلَا يُضَمَّنُ فِيمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ)[٦]، وَلَا فِيمَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى تَلَفِهِ[٧]، وَهُوَ قول مَالِكٍ الْمَشْهُورُ[٨]، وَابْنِ الْقَاسِمِ[٩] وَأَكْثَرِ أَصْحَابِهِ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: تَعَارُضُ الْآثَارِ فِي ذَلِكَ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ [م/٢٤٤ظ] الثَّابِتِ[١٠] أَنَّهُ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِصَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ: «**بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ**»، **وَفِي بَعْضِهَا**: «**بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ**»[١١]، وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: «**لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ**

---

(١) في (م): «اتلافها».
(٢) «المقدمات» (٢/ ٤٦٩).
(٣) «روضة الطالبين» (٤/ ٤٣١).
(٤) «المقدمات» (٢/ ٤٦٩).
(٥) «تبيين الحقائق» (٥/ ٨٤)، «العناية شرح الهداية» (٩/ ٧)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٧٧)، «الفتاوى الهندية» (٦/ ٣٥٤).
(٦) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٧) في (م): «اتلافه».
(٨) «المقدمات» (٢/ ٤٦٩).
(٩) «المقدمات» (٢/ ٤٦٩).
(١٠) من (م).
(١١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٦)، والنسائي في «الكبرى» (٣/ ٤٠٩، وأحمد (٤/ ٢٢٢)، وابن حبان كما في «الإحسان» (٤٧٠٠)، والدارقطني (٣/ ٣٩)، وابن حزم في «المحلى» (٩/ ١٧٣) من طريق همام بن يحيى، ثنا قتادة، عن عطاء بن أبي رباح، عن صفوان بن يَعلَى بن أمية، عن أبيه مرفوعًا.
وقال ابن عبد الهادي في «المحرر» (٢/ ٥٠٤): «ورواته ثقات، وقد أُعلّ».
وأخرجه أبو داود (٣٥٦٢)، وأحمد (٣/ ٤٠١)، (٦/ ٣٦٥)، والنسائي في «الكبرى» (٣/ ٤١٠)، والحاكم (٢/ ٥٤)، والبيهقي (٦/ ٨٩) من طريق شريك، عن عبد العزيز بن رفيع، =

ضَمَانٌ»[١].

(فَمَنْ رَجَّحَ وَأَخَذَ بِهَذَا: أَسْقَطَ الضَّمَانَ عَنْهُ.

وَمَنْ أَخَذَ بِحَدِيثِ صَفْوَانَ أَلْزَمَهُ الضَّمَانَ.

وَمَنْ ذَهَبَ مَذْهَبَ الْجَمْعِ: فَرَّقَ بَيْنَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ ومَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ، فَحَمَلَ هَذَا الضَّمَانَ عَلَى مَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَحَدِيثُ صَفْوَانٍ عَلَى مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنَّ الْحَدِيثَ الَّذِي فِيهِ «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ضَمَانٌ»)[٢] غَيْرُ مَشْهُورٍ.

وَحَدِيثُ صَفْوَانَ: صَحِيحٌ.

وَمَنْ لَمْ يَرَ الضَّمَانَ شَبَّهَهَا بِالْوَدِيعَةِ.

وَمَنْ فَرَّقَ قَالَ: الْوَدِيعَةُ مَقْبُوضَةٌ لِمَنْفَعَةِ الدَّافِعِ، وهذه لِمَنْفَعَةِ الْقَابِضِ.

٢٤١١ **وَاتَّفَقُوا** فِي الْإِجَارَةِ (أَنَّهَا غَيْرُ مَضْمُونَةٍ ـ أَعْنِي: الشَّافِعِيَّ[٣] وَأَبَا حَنِيفَةَ[٤] وَمَالِكًا[٥].

وَيُلْزِمُ الشَّافِعِيُّ إِذَا سَلَّمَ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ فِي الْإِجَارَةِ)[٦] أَنْ لَا يَكُونَ ضَمَانٌ

= عن أمية بن صفوان، عن أبيه؛ أن رسول الله ﷺ استعار أدراعًا يوم حنين، فقال: أغصبٌ يا محمد؟ فقال: **«لا بل عاريَّةٌ مضمونةٌ»**.
قال الترمذي في «العلل الكبير» (١/ ٥٠٦ ـ ٥٠٧): «سألت محمدًا عن هذا الحديث. فقال: هذا حديث فيه اضطراب، ولا أعلم أن أحدًا روى هذا غير شريك. ولم يقوِّ الحديث».
وقال الحافظ ابن حجر في «الإصابة» (١/ ٢٥٢): «الحديث معروف محفوظ لصفوان بن أمية، ويروى عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه، وهو عند أبي داود والنسائي على الصواب».

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٥٦)، والبيهقي (١٢/ ٢٩).
وقال الدارقطني: «عمْرٌو وَعُبَيدَةُ ضَعِيفَانِ، وَإِنَّمَا يُرْوَى عَن شُرَيْحٍ القَاضِي غَيْرَ مَرْفُوعٍ».

(٢) ما بين القوسين من (م).

(٣) «روضة الطالبين» (٤/ ٤٣١).

(٤) «العناية شرح الهداية» (٩/ ٧).

(٥) «المقدمات» (٢/ ٤٧١).

(٦) ما بين القوسين ليس في (أ).

فِي الْعَارِيَةِ إِنْ سَلَّمَ أَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ هُوَ الِانْتِفَاعُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُضَمَّنْ حَيْثُ قَبَضَ لِمَنْفَعَتِهِمَا فَأَحْرَى أَنْ لَا يُضَمَّنَ حَيْثُ قَبَضَ لِمَنْفَعَتِهِ إِذَا كَانَتْ مَنْفَعَةُ الدَّافِعِ مُؤَثِّرَةً فِي إِسْقَاطِ الضَّمَانِ.

٢٤١٢ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا شُرِطَ الضَّمَانُ:

فَقَالَ قَوْمٌ: يَضْمَنُ[(١)][(٢)].

وَقَالَ قَوْمٌ[(٣)]: لَا يَضْمَنُ.

وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ.

[٢٤١٢/أ] وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ مَالِكٍ[(٤)] إِذَا اشْتُرِطَ الضَّمَانُ فِي الْمَوْضِعِ[(٥)] [ب/٣٧٧ظ] الَّذِي (لَا يَجِبُ)[(٦)] فِيهِ عَلَيْهِ الضَّمَانُ:

أَنْ يَلْزَمَ إِجَارَةُ الْمِثْلِ فِي اسْتِعْمَالِهِ الْعَارِيَةَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ يُخْرِجُ الْعَارِيَةَ عَنْ حُكْمِ الْعَارِيَةِ إِلَى بَابِ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ، إِذَا كَانَ صَاحِبُهَا لَمْ يَرْضَ أَنْ يُعِيرَها إِلَّا بِأَنْ يُخْرِجَهَا[(٧)] فِي ضَمَانِهِ، فَهُوَ عِوَضٌ مَجْهُولٌ فَيَجِبُ أَنْ يُرَدَّ[(٨)] إِلَى مَعْلُومٍ.

[٢٤١٢/ب] وَاخْتَلَفَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ إِذَا غَرَسَ [أ/٤٢٨و] الْمُسْتَعِيرُ وَبَنَى ثُمَّ انْقَضَتِ الْمُدَّةُ الَّتِي اسْتَعَارَ إِلَيْهَا:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٩)]: الْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَّرَ[(١٠)] الْمُسْتَعِيرَ بِقَلْعِ غِرَاسَتِهِ

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يضمنون».
(٢) وهو مذهب الحنفية: المبسوط (١١/ ١٣٦)، مجمع الضمانات (ص٥٥).
(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «مالك».
(٤) «الشرح الكبير»، للدردير (٣/ ٤٣٩)، «منح الجليل» (٧/ ٦٨).
(٥) في (ب): «المواضع».
(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يجب».
(٧) في (م): «يجوزها». (٨) في (م): «يرده».
(٩) «شرح الخرشي» (٦/ ١٢٧)، «الشرح الكبير»، للدردير (٣/ ٤٣٩)، منح الجليل (٧/ ٦٨).
(١٠) في (م): «أخذ».

وَبِنَائِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ قِيمَتَهُ مَقْلُوعًا إِذَا كَانَ مِمَّا لَهُ قِيمَةٌ بَعْدَ الْقَلْعِ.

وَسَوَاءٌ عِنْدَ مَالِكٍ انْقَضَتِ الْمُدَّةُ الْمَحْدُودَةُ بِالشَّرْطِ أَوْ بِالْعُرْفِ أَوِ الْعَادَةِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[1]: إِذَا لَمْ يُشْتَرَطْ عَلَيْهِ الْقَلْعُ فَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ بِالْقَلْعِ، بَلْ يُخَيَّرُ الْمُعِيرُ بِأَنْ يُبْقِيَهُ بِأَجْرٍ يُعْطَاهُ، أَوْ يُنْقَضَ بِأَرْشٍ، أَوْ يُتَمَلَّكَ بِبَدَلٍ، فَأَيُّهَا أَرَادَ الْمُعِيرُ أُجْبِرَ عَلَيْهِ الْمُسْتَعِيرُ، فَإِنْ أَبَى كُلِّفَ تَفْرِيغَ الْمِلْكِ.

وَفِي جَوَازِ بَيْعِهِ لِلنَّقْضِ عِنْدَهُ خِلَافٌ؛ لِأَنَّهُ مُعَرَّضٌ لِلنَّقْضِ.

فَرَأَى الشَّافِعِيُّ: أَخْذَهُ الْمُسْتَعِيرَ بِالْقَلْعِ دُونَ أَرْشٍ هُوَ ظُلْمٌ.

وَرَأَى مَالِكٌ: أَنَّ عَلَيْهِ إِخْلَاءَ الْمَحَلِّ، وَأَنَّ الْعُرْفَ فِي ذَلِكَ يَتَنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الشَّرْطِ. وَعِنْدَ مَالِكٍ: أَنَّهُ إِنِ اسْتَعْمَلَ الْعَارِيَةَ اسْتِعْمَالًا يُنْقِصُهَا عَنِ الِاسْتِعْمَالِ الْمَأْذُونِ فِيهِ ضُمِّنَ مَا نَقَصَهَا الِاسْتِعْمَالُ.

٢٤١٣ وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي الرَّجُلِ يَسْأَلُ جَارَهُ أَنْ يُعِيرَهُ جِدَارَهُ لِيَغْرِزَ فِيهِ خَشَبَةً تنفعه وَلَا تَضُرُّ صَاحِبَ الْجِدَارِ.

وَبِالْجُمْلَةِ فِي كُلِّ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ الْمُسْتَعِيرُ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى الْمُعِيرِ فِيهِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[2]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[3]: لَا يُقْضَى له بِهِ؛ إِذِ الْعَارِيَةُ لَا يُقْضَى فيها[4].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[5]، وَأَحْمَدُ[6]، وَأَبُو ثَوْرٍ[7]، وَدَاوُدُ[8] وَجَمَاعَةُ أَهْلِ الْحَدِيثِ[9]: يُقْضَى بِذَلِكَ.

---

(١) «تحفة المحتاج» (٥/ ٤٣٤)، «نهاية المحتاج» (٥/ ١٣١).

(٢) «البيان والتحصيل» (١٧/ ٦٢٨)، «الذخيرة» (٦/ ١٨٤ ـ ١٨٥)، «الاستذكار» (٢٢/ ٢٢٤).

(٣) «حاشية ابن عابدين» (٨/ ٦٥). (٤) في (م): «بها».

(٥) المهذب (١/ ٣٤٢)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢١٢)، «حلية العلماء» (٥/ ١٥ ـ ١٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٨٧).

(٦) «الفروع» (٤/ ٢٨٠)، «المحرر» (١/ ٣٤٣)، «الإنصاف» (٥/ ٢٦٢، ٢٦٣).

(٧) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٢٤). (٨) «المحلى» (٨/ ١٣٨).

(٩) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٢٤)، «فتح الباري» (٥/ ١١٠).

وَحُجَّتُهُمْ:

مَا خَرَّجَهُ مَالِكٌ[(١)]، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ**»، ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ: مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللهِ لَأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ[(٢)].

وَاحْتَجُّوا أَيْضًا:

بِمَا رَوَاهُ مَالِكٌ[(٣)]، عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ: أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ خليفة[(٤)] سَاقَ خَلِيجًا لَهُ مِنَ الْعَرِيضِ، فَأَرَاد أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكُ: أَنْتَ تَمْنَعُنِي وَهُوَ لَكَ مَنْفَعَةٌ، تَسْقِي مِنْهُ أَوَّلًا وَآخِرًا وَلَا يَضُرُّكَ؟ فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكُ [ب/٣٧٨و] عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَدَعَا عُمَرُ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ، فَأَمَرَهُ أَنْ يُخَلِّيَ سَبِيلَهُ، قَالَ مُحَمَّدٌ: لَا، فَقَالَ عُمَرُ: لَا تَمْنَعْ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ [م/٢٤٥و] وَلَا يَضُرُّكَ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ، فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ.

وَكَذَلِكَ حَدِيثُ عُمَرَ [أ/٤٢٨ظ] بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ: أَنَّهُ قَالَ: كَانَ فِي حَائِطِ جَدِّي رَبِيعٌ لِعَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ عَوْفٍ، فَأَرَادَ أَنْ يُحَوِّلَهُ إِلَى نَاحِيَةٍ مِنَ الْحَائِطِ، فَمَنَعَهُ صَاحِبُ الْحَائِطِ، فَكَلَّمَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَقَضَى لِعَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ عَوْفٍ بِتَحْوِيلِهِ[(٥)].

وَقَدْ عَذَلَ الشَّافِعِيُّ مَالِكًا لِإِدْخَالِهِ هَذِهِ الْأَحَادِيثَ فِي «مُوَطَّئِهِ»، وَتَرْكِهِ الْأَخْذَ بِهَا[(٦)].

---

(١) «الموطأ» (٢/ ٧٥٣).
(٢) أخرجه مسلم (١٦٠٩).
(٣) «الموطأ» (٢/ ٧٤٦).
(٤) في (أ)، (ب): «قيس».
وهو الصحابي الضحاك بن خليفة بن ثعلبة بن عديّ بن كعب بن عبد الأشهل الأنصاريّ الأشهليّ. وقيل: هو ولد أبي جبيرة بن الضحاك، شهد أحدًا، وعاش إلى خلافة عمر. «الإصابة» (٣/ ٣٤٨).
(٥) «الموطأ» (٢/ ٧٤٦).
(٦) «الأم» (٧/ ٢٣٤ ـ ٢٣٥).

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ، وَأَبِي حَنِيفَةَ: قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: **«لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»**(١).

وَعِنْدَ الْغَيْرِ: أَنَّ عُمُومَ هَذَا مُخَصَّصٌ بِهَذِهِ الْأَحَادِيثِ، وَبِخَاصَّةٍ حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ.

وَعِنْدَ مَالِكٍ: أَنَّهَا مَحْمُولَةٌ عَلَى النَّدْبِ(٢).

(وَأَنَّهُ إِذَا أَمْكَنَ أَنْ تَكُونَ مُخَصَّصَةً، وَأَنْ تَكُونَ عَلَى النَّدْبِ؛ فَحَمْلُهَا عَلَى النَّدْبِ)(٣) أَوْلَى؛ لِأَنَّ بِنَاءَ الْعَامِّ عَلَى الْخَاصِّ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا لَمْ يُمْكِنْ بَيْنَهُمَا جَمْعٌ وَوَقَعَ التَّعَارُضُ(٤).

وَرَوَى أَصْبَغُ، عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ(٥): أَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِقَضَاءِ عُمَرَ عَلَى مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ فِي الْخَلِيجِ، وَيُؤْخَذُ بِقَضَائِهِ لِعَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ عَوْفٍ فِي تَحْوِيلِ الرَّبِيعِ.

وَذَلِكَ: أَنَّهُ رَأَى أَنَّ تَحْوِيلَ الرَّبِيعِ أَيْسَرُ مِنْ أَنْ يَمُرَّ عَلَيْهِ بِطَرِيقٍ لَمْ يَكُنْ قَبْلُ.

وَهَذَا الْقَدْرُ كَافٍ بِحَسَبِ غَرَضِنَا، (وَاللهُ الْمُسْتَعَانُ)(٦).

(تَمَّ، وَالْحَمْدُ للهِ)(٧).

[أ/ ٤٣٦ظ] [ب/ ٣٨٥و]

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) «التاج والإكليل» (٤/ ٥٠٨)، «الخرشي» (٢/ ١٥٨)، «مواهب الجليل» (٤/ ٥٠٧).

(٣) ما بين القوسين من (م).

(٤) تأمل هذا الدفاع البليغ الأصولي من المصنف رحمه الله تعالى عن الإمام مالك رحمه الله.

(٥) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٣٣).

(٦) ما بين القوسين ليس في (م).

(٧) من (م).

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ

كِتَابُ الْغَصْبِ(١)

وَفِيهِ بَابَانِ:

الْأَوَّلُ: فِي الضَّمَانِ.

وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَرْكَانٍ:

الْأَوَّلُ: الْمُوجِبُ لِلضَّمَانِ.

وَالثَّانِي: مَا فِيهِ الضَّمَانُ.

وَالثَّالِثُ: الْوَاجِبُ (في الضَّمَانِ)(٢).

وَأَمَّا الْبَابُ الثَّانِي: فَهُوَ فِي الطَّوَارِئِ عَلَى الْمَغْصُوبِ.

الْبَابُ الْأَوَّلُ:

(الرُّكْنُ الْأَوَّلُ)(٣):

وَأَمَّا الْمُوجِبُ لِلضَّمَانِ:

فَهُوَ إِمَّا:

(أ) الْمُبَاشَرَةُ (لِأَخْذِ الْمَالِ الْمَغْصُوبِ أَوْ لِإِتْلَافه.

---

(١) جاء هذا الكتاب متأخرًا في النسخة (أ)، (ب)، وقد سرنا على ترتيب النسخة (م).
والغصب: لغةً: أخذ كل متملك ظلمًا من غير رضا صاحبه، فيتناول: السرقة، والاختلاس، والخيانة، والحرابة، والتعدي.
واصطلاحًا: أخذ المال عدوانًا من غير حرابة. «التوضيح في شرح المختصر» (٦/ ٥٠٢)، «مواهب الجليل»: (٥/ ٢٧٣).

(٢) ليست في (م).

(٣) من (م).

(ب) وَإِمَّا الْمُبَاشَرَةُ)[١] لِلسَّبَبِ الْمُتْلِفِ، وَإِمَّا إِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَيْهِ.

٢٤١٤ **وَاخْتَلَفُوا** فِي السَّبَبِ الَّذِي يَحْصُلُ بِمُبَاشَرَة الضَّمَان إِذَا تَنَاوَلَ التَّلَفَ بِوَاسِطَةِ[٢] تَلَفٍ آخَرَ، هَلْ يَحْصُلُ بِهِ ضَمَانٌ أَمْ لَا يحصل؟

وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَفْتَحَ قَفَصًا فِيهِ طَائِرٌ فَيَطِيرُ بَعْدَ الْفَتْحِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٣]: يُضَمَّنُهُ، هَاجَهُ عَلَى الطَّيَرَانِ أَوْ لَمْ يَهِجْهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]: [ب/٦٨٥ظ] لَا يُضَمَّنُ عَلَى حَالٍ.

وَفَرَّقَ الشَّافِعِيُّ[٥] بَيْنَ أَنْ يَهِيجَهُ عَلَى الطَّيَرَانِ أَوْ لَا يَهِيجُهُ:

فَقَالَ: يُضَمَّنُ إِنْ هَاجَهُ، وَلَا يُضَمَّنُ إِنْ لَمْ يَهِجْهُ.

[٢٤١٢/أ] وَمِنْ هَذَا مَنْ حَفَرَ بِئْرًا فَسَقَطَ فِيهِ شَيْءٌ فَهَلَكَ:

فَمَالِكٌ[٦] وَالشَّافِعِيُّ[٧] يَقُولَانِ: إِنْ حَفَرَهُ بِحَيْثُ يَكُونَ حَفْرُهُ تَعَدِّيًا ضُمِّنَ مَا تَلِفَ فِيهِ وَإِلَّا لَمْ يُضَمَّنْ.

وَيَجِيءُ عَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ[٨]: أَنَّهُ لَا يُضَمَّنُ فِي مَسْأَلَةِ الطَّائِرِ.

[٢٤١٤/ب] وَهَلْ يُشْتَرَطُ فِي الْمُبَاشَرَةِ الْعَمْدُ أَوْ لَا يُشْتَرَطُ؟

الْأَشْهَرُ[٩]: أَنَّ الْأَمْوَالَ تُضَمَّنُ عَمْدًا وَخَطَأً.

[٢٤١٤/ج] وَإِنْ كَانُوا قَدِ اخْتَلَفُوا فِي مَسَائِلَ جُزْئِيَّةٍ مِنْ هَذَا الْبَابِ: [أ/٤٣٧و] وَهي هَلْ يُشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ يَكُونَ مُخْتَارًا؟

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م). (٢) في (م): «بوساطة».
(٣) «التاج والإكليل» (٥/ ٢٧٨)، «جواهر الإكليل» (٢/ ٥ ـ ٨).
(٤) «البدائع» (٩/ ٤٤٢٥)، «شرح البناية على الهداية» (٨/ ٤٠٠).
(٥) «نهاية المطلب» (٧/ ٢٨٥)، «الحاوي» (٧/ ٤٩٧)، «المهذب» (١/ ٣٧٤).
(٦) «عقد الجواهر» (٣/ ٢١٨).
(٧) «نهاية المحتاج» (٧/ ٣٥٤)، «روضة الطالبين» (٥/ ١١).
(٨) «البحر الرائق» (٩/ ١١٤). (٩) في (م): «أشهر الأقوال».

الْمَعْلُومُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ[1] أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مُخْتَارًا، وَلِذَلِكَ يَرَى عَلَى الْمُكْرَهِ الضَّمَانَ ـ أَعْنِي: الْمُكْرَهُ عَلَى الْإِتْلَافِ ـ.

الرُّكْنُ الثَّانِي:

وَأَمَّا مَا يَجِبُ فِيهِ الضَّمَانُ:

فَهُوَ كُلُّ مَالٍ أُتْلِفَتْ عَيْنُهُ أَوْ تَلِفَتْ عِنْدَ الْغَاصِبِ بِأَمْرٍ مِنَ السَّمَاءِ، أَوْ سُلِّطَتِ الْيَدُ عَلَيْهِ وَتُمُلِّكَ، وَذَلِكَ فِيمَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ بِاتِّفَاقٍ[2].

٢٤١٥ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَا لَا يُنْقَلُ وَلَا يُحَوَّلُ مِثْلِ الْعَقَارِ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ[3]: إِنَّهَا تُضَمَّنُ بِالْغَصْبِ ـ أَعْنِي: أَنَّهَا إِنِ انْهَدَمَتِ الدَّارُ ضُمِّنَ قِيمَتَهَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[4]: لَا يُضَمَّنُ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ[5]:

هَلْ كَوْنُ يَدِ الْغَاصِبِ عَلَيْهَا مِثْلَ كَوْنِ يَدِهِ عَلَى مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ؟

فَمَنْ جَعَلَ حُكْمَ ذَلِكَ وَاحِدًا قَالَ بِالضَّمَانِ.

وَمَنْ لَمْ يَجْعَلْ حُكْمَ ذَلِكَ وَاحِدًا قَالَ: لَا ضَمَانَ.

الرُّكْنُ الثَّالِثُ:

وَهُوَ الْوَاجِبُ فِي الْغَصْبِ.

وَالْوَاجِبُ [م/ ٢٤٥ظ] عَلَى الْغَاصِبِ، إِنْ كَانَ الْمَالُ قَائِمًا عِنْدَهُ بِعَيْنِهِ لَمْ تَدْخُلْهُ زِيَادَةٌ وَلَا نُقْصَانٌ: أَنْ يَرُدَّهُ بِعَيْنِهِ.

---

(١) «روضة الطالبين» (٥/ ١١).

(٢) وحكى الإجماعَ: الشربيني في «الإقناع» (٢/ ٣٣٣).

(٣) «حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٤٣)، «الوسيط في المذهب» (٣/ ٣٨٧)، «الشرح الكبير»، للرافعي الشافعي (١١/ ٢٥١)، «المبدع شرح المقنع» (٥/ ٨٥).

(٤) «البحر الرائق» (٨/ ١٢٦)، «الكتاب وشرحه اللباب» (١/ ٢٢٧).

(٥) في (م): «الخلاف».

وَهَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ.

٢٤١٦ وَإِذَا ذَهَبَتْ عَيْنُهُ:

فاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا أَنَّ عَلَى الْغَاصِبِ الْمِثْلَ - أَعْنِي: مِثْلَ مَا اسْتَهْلَكَ صِفَةً وَوَزْنًا[١].

٢٤١٧ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْعُرُوضِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٢]: لَا يُقْضَى فِي الْعُرُوضِ مِنَ الْحَيَوَانِ وَغَيْرِهِ إِلَّا بِالْقِيمَةِ يَوْمَ اسْتُهْلِكَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٣]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٤]، وَدَاوُدُ[٥]: الْوَاجِبُ فِي ذَلِكَ الْمِثْلُ، وَلَا تَلْزَمُ الْقِيمَةُ إِلَّا عِنْدَ عَدَمِ الْمِثْلِ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ:

حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ الْمَشْهُورُ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: **«مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ من عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ...»** الْحَدِيثَ[٦].

وَوَجْهُ الدَّلِيلِ مِنْهُ:

أَنَّهُ لَمْ يُلْزِمْهُ الْمِثْلَ وَأَلْزَمَهُ الْقِيمَةَ.

وَعُمْدَةُ الطَّائِفَةِ الثَّانِيَةِ:

قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]؛ وَلِأَنَّ مَنْفَعَةَ الشَّيْءِ قَدْ تَكُونُ هِيَ الْمَقْصُودَةَ عِنْدَ الْمُتَعَدَّى عَلَيْهِ.

---

(١) وحكى الإجماعَ: ابن حزم في «المحلى» (٨/ ٤٤)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٣)، وابن قدامة في «المغني» (٧/ ٣٦٢).

(٢) «جواهر الإكليل» (٢/ ١٤٩).

(٣) «مغني المحتاج» (٢/ ٢٨٢ - ٢٨٣)، «المهذب» (١/ ٣٧٤ - ٣٧٥).

(٤) «بدائع الصنائع» (٧/ ١٥٠ - ١٥١)، «الهداية» (٤/ ١١ - ١٢).

(٥) «المحلى» (٨/ ٢٤٧).

(٦) أخرجه البخاري (٢٥٠٤)، ومسلم (١٥٠٣).

وَمِنَ الْحُجَّةِ لَهُمْ:

مَا خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ(١)، مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ وَغَيْرِهِ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ، فَأَرْسَلَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ جَارِيَةً بِقَصْعَةٍ لَهَا فِيهَا طَعَامٌ، قَالَ: فَضَرَبَتْ بِيَدِهَا فَكَسَرَتِ الْقَصْعَةَ، فَأَخَذَ النَّبِيُّ ﷺ الْكَسْرَتَيْنِ فَضَمَّ(٢) إِحْدَاهُمَا إِلَى الْأُخْرَى، وَجَعَلَ فِيهَا جَمِيعَ الطَّعَامِ ويَقُولُ(٣): **غَارَتْ أُمُّكُمْ كُلُوا كُلُوا**، حَتَّى جَاءَتْ قَصْعَتُهَا الَّتِي [ب/٣٨٦و] فِي بَيْتِهَا، وَحَبَسَ رَسُولُ اللهِ ﷺ الْقَصْعَةَ حَتَّى فَرَغُوا، [أ/٤٣٧ظ] فَدَفَعَ الصَّحْفَةَ الصَّحِيحَةَ إِلَى الرَّسُولِ، وَحَبَسَ الْمَكْسُورَةَ فِي بَيْتِهِ».

وَفِي حَدِيثٍ آخَرَ: «أَنَّ عَائِشَةَ كَانَتْ هِيَ الَّتِي غَارَتْ وَكَسَرَتِ الْإِنَاءَ، وَأَنَّهَا قَالَتْ لِرَسُولِ اللهِ ﷺ: مَا كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ؟

فقَالَ: **إِنَاءٌ مِثْلُ إِنَاءٍ، وَطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ**»(٤).

الْبَابُ الثَّانِي: (فِي الطَّوَارِئِ)(٥)

وَالطَّوَارِئُ عَلَى الْمَغْصُوبِ:

إِمَّا زيادة، وَإِمَّا نقصان.

وَهَذَانِ: إِمَّا مِنْ قِبَلِ الْمَخْلُوقِ، وَإِمَّا مِنْ قِبَلِ الْخَالِقِ.

٢٤١٨ فَأَمَّا النُّقْصَانُ الَّذِي يَكُونُ بِأَمْرٍ مِنَ السَّمَاءِ:

فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَهُ نَاقِصًا، أَوْ يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُ يَوْمَ الْغَصْبِ.

وَقِيلَ: إِنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ وَيُضَمِّنُ الْغَاصِبُ قِيمَةَ الْعَيْبِ.

[٢٤١٨/أ] وَأَمَّا إِنْ كَانَ النَّقْصُ بِجِنَايَةِ الْغَاصِبِ (فِي الْمَغْصُوبِ)(٦):

---

(١) (برقم: ٤٢٢٥). وأصله في صحيح البخاري (٥٢٢٥).

(٢) في (م): «وضم».

(٣) في (أ): «وهو يقول».

(٤) أخرجه أبو داود: (٣٥٦٨).

(٥) ليست في (أ).

(٦) من (أ).

فَالْمَغْصُوبُ منه[١] مُخَيَّرٌ فِي الْمَذْهَبِ[٢] بَيْنَ أَنْ يُضَمِّنَهُ الْقِيمَةَ يَوْمَ الْغَصْبِ أَوْ يَأْخُذَهُ.

وَمَا نَقَصَتْهُ الْجِنَايَةُ يَوْمَ الْجِنَايَةِ: عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ[٣].

وَعِنْدَ سَحْنُونٍ[٤]: مَا نَقَصَتْهُ الْجِنَايَةُ يَوْمَ الْغَصْبِ.

وَذَهَبَ أَشْهَبُ[٥] إِلَى أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُضَمِّنَهُ الْقِيمَةَ أَوْ يَأْخُذَهُ نَاقِصًا، وَلَا شَيْءَ لَهُ فِي الْجِنَايَةِ، كَالَّذِي يُصَابُ بِأَمْرٍ مِنَ السَّمَاءِ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ ابْنُ الْمَوَّازِ[٦].

وَالسَّبَبُ فِي هَذَا الِاخْتِلَافِ:

أَنَّ مَنْ جَعَلَ الْمَغْصُوبَ مَضْمُونًا عَلَى الْغَاصِبِ بِالْقِيمَةِ يَوْمَ الْغَصْبِ جَعَلَ مَا حَدَثَ فِيهِ مِنْ نَمَاءٍ أَوْ نُقْصَانٍ، كَأَنَّهُ حَدَثَ فِي مِلْكٍ صَحِيحٍ، فَأَوْجَبَ لَهُ الْغَلَّةَ وَلَمْ يُوجِبْ عَلَيْهِ فِي النُّقْصَانِ شَيْئًا، سَوَاءٌ أَكَانَ مِنْ سَبَبِهِ أَوْ مِنْ عِنْدِ اللهِ، وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَبِالْجُمْلَةِ:

فَقِيَاسُ قَوْلِ مَنْ يُضَمِّنُهُ: يَوْمَ الْغَصْبِ فَقَطْ.

وَمَنْ جَعَلَ الْمَغْصُوبَ مَضْمُونًا عَلَى الْغَاصِبِ بِقِيمَتِهِ[٧] فِي كُلِّ آنٍ كَانَتْ يَدُهُ عَلَيْهِ آخِذَةً بِأَرْفَعِ الْقِيَمِ، وَأَوْجَبَ عَلَيْهِ رَدَّ الْغَلَّةِ وَضَمَانَ النُّقْصَانِ، سَوَاءٌ كَانَ مِنْ فِعْلِهِ أَوْ مِنْ عِنْدِ اللهِ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ أَوْ قِيَاسُ قَوْلِهِ.

وَمَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْجِنَايَةِ الَّتِي تَكُونُ مِنَ الْغَاصِبِ، وَبَيْنَ الَّتِي تَكُونُ بِأَمْرٍ مِنَ السَّمَاءِ ـ وَهُوَ مَشْهُورُ مَذْهَبِ مَالِكٍ[٨]، وَابْنِ الْقَاسِمِ[٩] ـ فَعُمْدَتُهُ: قِيَاسُ الشَّبَهِ؛

---

(١) في (أ): «عليه». (٢) «المقدمات» (٢/ ٤٩٥).

(٣) «المقدمات» (٢/ ٤٩٥)، «الجامع لمسائل المدونة» (١٣/ ٨٩٥).

(٤) «المقدمات» (٢/ ٤٩٥)، «الجامع» (١٣/ ٨٩٥).

(٥) «المقدمات» (٢/ ٤٩٦)، «الجامع» (١٣/ ٨٩٦).

(٦) «الجامع» (١٣/ ٨٩٦). (٧) ليست في (أ).

(٨) «الجامع» (١٣/ ٨٩٨)، منح الجليل (٥/ ٢٨٣).

(٩) «الجامع» (١٣/ ٨٩٨)، منح الجليل (٥/ ٢٨٣).

لِأَنَّهُ رَأَى أَنَّ جِنَايَةَ الْغَاصِبِ عَلَى الشَّيْءِ الَّذِي غَصَبَهُ هُوَ غَصْبٌ ثَانٍ مُتَكَرِّرٌ مِنْهُ، كَمَا لَوْ جَنَى عَلَيْهِ وَهُوَ فِي مِلْكِ صَاحِبِهِ[1].

فَهَذَا هُوَ (نُكْتَةُ الخلاف فِي هَذَا الْبَابِ فَقِفْ عَلَيْهِ)[2].

[٢٤١٨/ب] وَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ [م/٢٤٦و] عِنْدَ الْغَاصِبِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِ الْغَاصِبِ: فَالْمَغْصُوبُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ:

أَنْ يُضَمِّنَ الْغَاصِبَ الْقِيمَةَ يَوْمَ الْغَصْبِ وَيُتْبِعَ الْغَاصِبَ [أ/٤٣٨و] الْجَانِيَ، وَبَيْنَ أَنْ يَتْرُكَ الْغَاصِبَ وَيَتْبَعَ الْجَانِيَ (بِحُكْمِ الْجِنَايَاتِ.

فَهَذَا حُكْمُ الْجِنَايَاتِ عَلَى الْعَيْنِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ.

[٢٤١٨/ج] وَأَمَّا الْجِنَايَةُ)[3] عَلَى الْعَيْنِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَغْصِبَهَا غَاصِبٌ:

فَإِنَّهَا تَنْقَسِمُ عِنْدَ مَالِكٍ إِلَى قِسْمَيْنِ:

جِنَايَةٌ تُبْطِلُ يَسِيرًا مِنَ الْمَنْفَعَةِ، وَالْمَقْصُودُ مِنَ الشَّيْءِ بَاقٍ [ب/٣٨٦ظ]، فَهَذَا يَجِبُ فِيهِ مَا نَقَصَ يَوْمَ الْجِنَايَةِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يُقَوَّمَ صَحِيحًا وَيُقَوَّمَ بِالْجِنَايَةِ، فَيُعْطَى مَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ.

[٢٤١٨/د] وَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ مِمَّا تُبْطِلُ الْغَرَضَ الْمَقْصُودَ؛ فَإِنَّ صَاحِبَهُ يَكُونُ مُخَيَّرًا إِنْ شَاءَ أَسْلَمَهُ لِلْجَانِي وَأَخَذَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيمَةَ الْجِنَايَةِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[4]، والشَّافِعِيُّ[5]: لَيْسَ لَهُ إِلَّا قِيمَةُ الْجِنَايَةِ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

الِالْتِفَاتُ إِلَى الْحَمْلِ عَلَى الْغَاصِبِ، وَتَشْبِيهُ إِتْلَافِ أَكْثَرِ الْمَنْفَعَةِ بِإِتْلَافِ الْعَيْنِ.

وَأَمَّا النَّمَاءُ فَإِنَّهُ عَلَى قِسْمَيْنِ:

---

(١) في (م): «غاصبه». (٢) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).
(٣) ما بين القوسين مكانه بياض في (م). (٤) «البحر الرائق» (٨/ ٤٤١).
(٥) «فتح العزيز» (١١/ ٢٩٩).

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ بِفِعْلِ اللهِ كَالصَّغِيرِ يَكْبَرُ، وَالْمَهْزُولِ يَسْمَنَ، وَالْعَيْبِ يَذْهَبُ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ مِمَّا أَحْدَثَهُ الْغَاصِبُ.

فَأَمَّا الْأَوَّلُ: فَإِنَّهُ لَيْسَ بِفَوْتٍ(١).

[٢٤١٨/هـ] وَأَمَّا النَّمَاءُ بِمَا أَحْدَثَهُ الْغَاصِبُ فِي الشَّيْءِ الْمَغْصُوبِ:

فَإِنَّهُ يَنْقَسِمُ فِيمَا رَوَاهُ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ إِلَى قِسْمَيْنِ(٢):

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ قَدْ جَعَلَ فِيهِ مِنْ مَالِهِ مَا لَهُ عَيْنٌ قَائِمَةٌ كَالصِّبْغِ(٣) وَالنَّقْشِ فِي الْبُنْيَانِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

وَالثَّانِي: أَنْ لَا يَكُونَ قَدْ جَعَلَ فِيهِ مِنْ مَالِهِ سِوَى الْعَمَلِ؛ كَالْخِيَاطَةِ وَالنَّسْجِ وَطَحْنِ الْحِنْطَةِ وَالْخَشَبَةِ يَعْمَلُ مِنْهَا تَوَابِيتَ.

فَأَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ ـ وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ فِيهِ مِنْ مَالِهِ مَا لَهُ عَيْنٌ قَائِمَةٌ ـ فَإِنَّهُ يَنْقَسِمُ على وجهين:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الشَّيْءُ يُمْكِنُهُ إِعَادَتُهُ عَلَى حَالِهِ كَالْبُقْعَةِ يَبْنِيهَا وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

وَالثَّانِي: أَنْ لَا يَقْدِرَ عَلَى إِعَادَتِهِ كَالثَّوْبِ يَصْبُغُهُ وَالسَّوِيقِ يَلُتُّهُ.

فَأَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ:

فَالْمَغْصُوبُ مِنْهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَأْمُرَ الْغَاصِبَ بِإِعَادَةِ الْبُقْعَةِ عَلَى حَالِهَا وَإِزَالَةِ مَا لَهُ فِيهَا مِمَّا جَعَلَهُ مِنْ نَقْضٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَبَيْنَ أَنْ يُعْطِيَ الْغَاصِبَ قِيمَةَ مَالِهِ فِيهَا مِنَ النَّقْضِ مَقْلُوعًا بَعْدَ حَطِّ(٤) أَجْرِ الْقَلْعِ، وَهَذَا إذا كَانَ الْغَاصِبُ مِمَّنْ لَا يَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ وَلَا بِعَبِيدِهِ، وَإِنَّمَا يَسْتَأْجِرُ عَلَيْهِ.

وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَحُطُّ مِنْ ذَلِكَ أَجْرَ الْقَلْعِ، هَذَا إِذَا كَانَتْ لَهُ قِيمَةٌ، وإِنْ لَمْ

---

(١) في (م): «يفوت».
(٢) «المقدمات» (٢/ ٤٩٣ ـ ٤٩٤).
(٣) في المطبوع: «في الثوب».
(٤) من (م).

تَكُنْ لَهُ قِيمَةٌ لَمْ يَكُنْ [أ/٤٣٨ظ] لِلْغَاصِبِ عَلَى الْمَغْصُوبِ فِيهِ[١] شَيْءٌ؛ لِأَنَّ مِنْ حَقِّ الْمَغْصُوبِ[٢] أَنْ يُعِيدَ للْغَاصِب مَا غَصَبَ مِنْهُ عَلَى هَيْئَتِهِ، فَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ بِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَقَالٌ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّانِي، فَهُوَ فِيهِ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ قِيمَةَ الصِّبْغِ وَمَا أَشْبَهَهُ وَيَأْخُذَ ثَوْبَهُ، وَبَيْنَ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ يَوْمَ غَصْبِهِ، إِلَّا فِي السَّوِيقِ الَّذِي يَلُتُّهُ فِي السَّمْنِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الطَّعَامِ، فَلَا تَخْيِيرَ[٣] فِيهِ لِمَا يَدْخُلُهُ مِنَ الرِّبَا، وَيَكُونُ ذَلِكَ فَوْتًا يَلْزَمُ الْغَاصِبَ فِيهِ الْمِثْلُ، أَوِ الْقِيمَةُ فِيمَا لَا مِثْلَ لَهُ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّانِي مِنَ التَّقْسِيمِ [ب/٣٨٧و] **الْأَوَّلِ** ـ وَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ أَحْدَثَ[٤] الْغَاصِبُ فِيمَا أَحْدَثَهُ فِي الشَّيْءِ الْمَغْصُوبِ سِوَى الْعَمَلِ ـ فَإِنَّ ذَلِكَ يَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ يَسِيرًا لَا يُنْقَلُ بِهِ الشَّيْءُ عَنِ اسْمِهِ، بِمَنْزِلَةِ الْخِيَاطَةِ فِي الثَّوْبِ أَوِ[٥] الرُّفُولَةِ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ كَثِيرًا يَنْتَقِلُ بِهِ الشَّيْءُ الْمَغْصُوبُ عَنِ اسْمِهِ، كَالْخَشَبَةِ يَعْمَلُ مِنْهَا تَابُوتًا[٦]، وَالْقَمْحِ يَطْحَنُهُ، وَالْغَزْلِ يَنْسِجُهُ، وَالْفِضَّةِ يَصُوغُهَا حُلِيًّا أَوْ دَرَاهِمَ.

فَأَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ: فَلَا حَقَّ فِيهِ لِلْغَاصِبِ، وَيَأْخُذُ الْمَغْصُوبُ مِنْهُ الشَّيْءَ الْمَغْصُوبَ مَعْمُولًا.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّانِي: فَهُوَ فَوْتٌ يُلْزِمُ الْغَاصِبَ قِيمَةَ الشَّيْءِ الْمَغْصُوبِ يَوْمَ غَصْبِهِ أَوْ مِثْلَهُ فِيمَا لَهُ مِثْلٌ، هَذَا [م/٢٤٦ظ] تَفْصِيلُ مَذْهَبِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي هَذَا الْمَعْنَى.

---

(١) في (م): «منه». (٢) في (أ): «المغصوب عليه».

(٣) في (أ): «يجوز ذلك». وفي (ب): «يجيز ذلك».

(٤) في (ب): «أخرج». (٥) في (م): «إلى».

(٦) في (م): «أبوابًا».

وَأَشْهَبُ[١] يَجْعَلُ ذَلِكَ كُلَّهُ لِلْمَغْصُوبِ.

أَصْلُهُ: مَسْأَلَةُ الْبُنْيَانِ فَيَقُولُ: إِنَّهُ لَا حَقَّ لِلْغَاصِبِ فِيمَا لَا يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ مِنَ الصِّبْغِ وَالرَّفْوِ[٢] وَالنَّسْجِ وَالدِّبَاغِ وَالطَّحِينِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ ابْنِ القاسم[٣]: أَنَّ الصِّبْغَ تَفْوِيتٌ يَلْزَمُ الْغَاصِبَ فِيهِ الْقِيمَةُ يَوْمَ الْغَصْبِ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُمَا يَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ[٤]، هَذَا بِقِيمَةِ الصِّبْغِ، وَهَذَا بِقِيمَةِ الثَّوْبِ إِنْ أَبَى رَبُّ الثَّوْبِ أَنْ يَدْفَعَ قِيمَةَ الصِّبْغِ، وأَبَى الْغَاصِبُ أَنْ يَدْفَعَ قِيمَةَ الثَّوْبِ، وَهَذَا الْقَوْلُ أَنْكَرَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي «الْمُدَوَّنَةِ»[٥] فِي (كِتَابِ اللُّقَطَةِ)، وَقَالَ:

إِنَّ الشَّرِكَةَ لَا تَكُونُ إِلَّا فِيمَا كَانَ بِوَجْهِ شُبْهَةٍ.

وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ[٦] فِي الصِّبْغِ مِثْلُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ، إِلَّا أَنَّهُ يُجِيزُ الشَّرِكَةَ بَيْنَهُمَا. وَيَقُولُ[٧]: إِنَّهُ يُؤْمَرُ الْغَاصِبُ بِقَلْعِ[٨] الصِّبْغِ إِنْ أَمْكَنَهُ وَإِنْ نَقَصَ الثَّوْبُ، وَيَضْمَنُ لِلْمَغْصُوبِ مِقْدَارَ النُّقْصَانِ، وَأُصُولُ الشَّرْعِ تَقْتَضِي أَنْ لَا يَسْتَحِلَّ مَالَ الْغَاصِبُ مِنْ أَجْلِ غَصْبِهِ، [أ/٤٣٩و] وَسَوَاءٌ أَكَانَ مَنْفَعَةً أَوْ عَيْنًا، إِلَّا أَنْ يَحْتَجَّ مُحْتَجٌّ بِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»[٩].

لَكِنَّ هَذَا مُجْمَلٌ، وَمَفْهُومُهُ الْأَوَّلُ: أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَنْفَعَةٌ مُتَوَلِّدَةٌ بَيْنَ مَالِهِ وَبَيْنَ الشَّيْءِ الَّذِي غَصَبَهُ ـ أَعْنِي: مَالَهُ الْمُتَعَلِّقَ بِالْمَغْصُوبِ ـ (فَهَذَا هُوَ حُكْمُ الْوَاجِبِ فِي عَيْنِ الْمَغْصُوبِ تَغَيَّرَ أَوْ لَمْ يَتَغَيَّرْ.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٤٩٣ ـ ٤٩٤)، «الجامع لمسائل المدونة» (١٨/ ٢٨١).

(٢) في (م): «الرفي».

(٣) «الجامع» (١٨/ ٢٨٤).

(٤) في (م): «شريكان».

(٥) «الجامع لمسائل المدونة» (١٨/ ٢٨٤).

(٦) «مغني المحتاج» (٣/ ٣٦٤)، «روضة الطالبين» (٥/ ٨٣).

(٧) في (م): «والقول».

(٨) في المطبوع: «بقلب».

(٩) علقه البخاري: (٣/ ١٠٦)، ووصله أبو داود: (٣٠٧٣)، وإسناده صحيحٌ.

وَأَمَّا حُكْمُ غَلَّتِهِ:

٢٤١٩ **فَاخْتُلِفَ** فِي ذَلِكَ فِي الْمَذْهَبِ عَلَى **قَوْلَيْنِ**:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ حُكْمَ الْغَلَّةِ)[١] حُكْمُ الشَّيْءِ الْمَغْصُوبِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ حُكْمَها بِخِلَافِ حُكْمِ الشَّيْءِ الْمَغْصُوبِ.

فَمَنْ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ حُكْمَها حُكْمُ الشَّيْءِ الْمَغْصُوبِ ـ وَبِهِ قَالَ أَشْهَبُ[٢] مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ ـ يَقُولُ: إِنَّه تَلْزَمُهُ الْغَلَّةُ يَوْمَ قَبْضِهَا أَوْ أَكْثَرَ مِمَّا انْتَهَتْ إِلَيْهِ قِيمَتُهَا عَلَى قَوْلِ مَنْ يَرَى أَنَّ الْغَاصِبَ يَلْزَمُهُ أَرْفَعُ الْقِيَمِ مِنْ يَوْمِ غَصْبِهَا لَا قِيمَةُ الشَّيْءِ الْمَغْصُوبِ يَوْمَ الْغَصْبِ.

٢٤٢٠ وَأَمَّا الَّذِينَ ذَهَبُوا إِلَى أَنَّ حُكْمَ الْغَلَّةِ بِخِلَافِ حُكْمِ الشَّيْءِ الْمَغْصُوبِ:

فَاخْتَلَفُوا فِي حُكْمِهَا اخْتِلَافًا كَثِيرًا، بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى أَنَّهَا إِنْ تَلِفَتْ بِبَيِّنَةٍ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَى الْغَاصِبِ، وَأَنَّهُ إِنِ ادَّعَى تَلَفَهَا [ب/٣٨٧ظ] لَمْ يُصَدَّقْ وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُغَابَ عَلَيْهِ.

[٢٤٢٠/أ] وَتَحْصِيلُ مَذْهَبِ هَؤُلَاءِ فِي حُكْمِ الْغَلَّةِ:

أَنَّ الْغُلُلَ[٣] تَنْقَسِمُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ[٤]:

(١) **أَحَدُهَا**:

غَلَّةٌ مُتَوَلِّدَةٌ عَنِ الشَّيْءِ (الْمَغْصُوبِ عَلَى نَوْعِهِ وَخِلْقَتِهِ وَهُوَ الْوَلَدُ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب). (٢) «المقدمات» (٢/٤٩٦).

(٣) كذا، وهو يعني بها: جمع غلة! وقد تابع فيها جده في «البيان والتحصيل» (١١/٢٥٨ ـ ٢٥٩)، «والمقدمات الممهدات» (٢/٤٩٦)، (٢/٥٠٥)، (٢/٥٠٦).
والمعروف في اللغة: الغلات. ويجوز: الغِلَال، والغَلَال.
ينظر: «الصحاح» (٥/١٧٣٨)، «تكملة المعاجم العربية» (٧/٤١٩).

(٤) «المقدمات» (٢/٤٩٦).

(٢) وَغَلَّةٌ مُتَوَلِّدَةٌ عَنِ الشَّيْءِ الْمَغْصُوبِ[١](٢) لَا عَلَى صُورَتِهِ، (وَهُوَ ثَمَرُ النَّخْلِ)[٣] وَلَبَنِ الْمَاشِيَةِ وَجُبْنِهَا وَصُوفِهَا.

(٣) وغُلُلٌ غَيْرُ مُتَوَلِّدَةٍ، بَلْ هِيَ مَنَافِعُ، وَهِيَ الْأَكْرِيَةُ وَالْخَرَاجَاتُ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

فَأَمَّا مَا كَانَ عَلَى خِلْقَتِهِ وَصُورَتِهِ:

[٢٤٢٠/ب] فَلَا خِلَافَ أَعْلَمُهُ أَنَّ الْغَاصِبَ يَرُدُّهُ، كَالْوَلَدِ مَعَ الْأُمِّ الْمَغْصُوبَةِ، وَإِنْ كَانَ وَلَدَ الْغَاصِبِ.

[٢٤٢٠/ج] وَإِنَّمَا **اخْتَلَفُوا** إِذَا مَاتَتِ الْأُمُّ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٤]: هُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْوَلَدِ أو قِيمَةِ الْأُمِّ)[٥].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٦]: بَلْ يَرُدُّ الْوَلَدَ وَقِيمَةَ الْأُمِّ. وَهُوَ الْقِيَاسُ.

[٢٤٢٠/د] وَأَمَّا ما كَانَ مُتَوَلِّدًا[٧] عَلَى غَيْرِ خِلْقَةِ الْأَصْلِ وَصُورَتِهِ:

فَفِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ ذَلِكَ لِلْغَاصِبِ[٨].

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ مَعَ الشَّيْءِ الْمَغْصُوبِ إِنْ كَانَ قَائِمًا أَوْ قِيمَتُهَا إِنِ ادَّعَى تَلَفَهَا وَلَمْ يُعْرَفْ ذَلِكَ إِلَّا مِنْ قَوْلِهِ.

فَإِنْ تَلِفَ الشَّيْءُ الْمَغْصُوبُ كَانَ مُخَيَّرًا بَيْنَ أَنْ يُضَمِّنَهُ قيمته وَلَا شَيْءَ لَهُ فِي الْغَلَّةِ، وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالْغَلَّةِ وَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْقِيمَةِ.

وَأَمَّا مَا كَانَ غَيْرَ مُتَوَلِّدٍ [أ/٤٣٩ظ]:

---

(١) من (م).
(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٣) ليست في (م).
(٤) «المقدمات» (٢/ ٤٩٦)، «التاج والإكليل» (٧/ ٣٢١)، «القوانين الفقهية» (ص٢١٧).
(٥) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٦) «المهذب» (١/ ٣٧٠).
(٧) ليست في (ب).
(٨) «المقدمات» (٢/ ٤٩٦).

[٢٤٢٠/هـ] فَاخْتَلَفُوا فِيهِ عَلَى خَمْسَةِ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ رَدُّهُ جُمْلَةً مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ أَيْضًا.

وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الرَّدُّ إِنْ أَكْرَى، وَلَا يَلْزَمُهُ الرَّدُّ إِنِ انْتَفَعَ أَوْ عَطَّلَ.

وَالرَّابعُ: يَلْزَمُهُ إِنْ أَكْرَى أَوِ انْتَفَعَ، وَلَا يَلْزَمُهُ إِنْ عَطَّلَ.

وَالْخَامِسُ: الْفَرْقُ بَيْنَ الْحَيَوَانِ وَالْأُصُولِ ـ أَعْنِي: أَنَّهُ يَرُدُّ قِيمَةَ مَنَافِعِ الْأُصُولِ، وَلَا يَرُدُّ قِيمَةَ مَنَافِعِ الْحَيَوَانِ ـ.

وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا اغْتُلَّ [م/٢٤٧و] مِنَ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ مَعَ عَيْنِهَا وَقِيَامِهَا.

[٢٤٢٠/و] وَأَمَّا مَا اغْتُلَّ مِنْهَا بِتَصْرِيفِهَا وَتَحْوِيلِ عَيْنِهَا، كَالدَّنَانِيرِ يَغْصِبُهَا(١) فَيَتَّجِرُ فيهَا فَيَرْبَحُ، فَالْغَلَّةُ لَهُ قَوْلًا وَاحِدًا فِي الْمَذْهَبِ(٢).

وَقَالَ قَوْمٌ: الرِّبْحُ لِلْمَغْصُوبِ منه.

وَهَذَا أَيْضًا إِذَا قَصَدَ غَصْبَ الْأَصْلِ.

[٢٤٢٠/ز] وَأَمَّا إِذَا قَصَدَ غَصْبَ الْغَلَّةِ دُونَ الْأَصْلِ: فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْغَلَّةِ بِإِطْلَاقٍ.

وَلَا خِلَافَ(٣) فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ عَطَّلَ أَوِ انْتَفَعَ أَوْ أَكْرَى، كَانَ مِمَّا يُزَالُ بِهِ أَوْ بِمَا لَا يُزَالُ بِهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٤): إِنَّ مَنْ تَعَدَّى عَلَى دَابَّةِ رَجُلٍ فَرَكِبَهَا أَوْ حَمَلَ عَلَيْهَا: فَلَا كِرَاءَ عَلَيْهِ فِي رُكُوبِهِ إِيَّاهَا وَلَا فِي حَمْلِهِ؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لَهَا إِنْ تَلِفَتْ فِي تَعَدِّيهِ.

وَهَذَا قَوْلُهُ فِي كُلِّ(٥) مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ؛ لأنه لَمَّا رَأَى أَنَّهُ قَدْ ضَمَّنَهُ بِالتَّعَدِّي

---

(١) في (م): «يقتضيها».
(٢) «المقدمات» (٢/ ٤٩٦).
(٣) ينظر: «الإقناع»، لابن القطان (٢/ ١٦٦ ـ ١٦٧).
(٤) «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٧٣).
(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «مثل».

وَصَارَ [ب/٣٨٨و] فِي ذِمَّتِهِ جَازَتْ لَهُ الْمَنْفَعَةُ، كَمَا تَقُولُ الْمَالِكِيَّةُ[(١)] فِيمَا تَجِرَ فِيهِ[(٢)] مِنَ الْمَالِ الْمَغْصُوبِ.

وَإِنْ كَانَ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الَّذِي اتَّجَرَ بِهِ تَحَوَّلَتْ عَيْنُهُ، وَهَذَا لَمْ تَتَحَوَّلْ عَيْنُهُ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي هَلْ يَرُدُّ الْغَاصِبُ الْغَلَّةَ أَوْ لَا يَرُدُّهَا: اخْتِلَافُهُمْ فِي تَعْمِيمِ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»[(٣)]، وَقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»[(٤)].

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٤٩٦)، «مواهب الجليل» (٥/ ٢٨٥).

(٢) في (م): «به». (٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣)، والترمذي (١٣٧٨)، والحربي في «الغريب» (٣/ ١٠٠٧)، والبزار (١٢٥٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٦١)، وأبو يعلى (٩٥٧)، والبيهقي (٦/ ٩٩ و١٤٢)، وابن عبد البر في «التمهيد» (٢٢/ ٢٨١) من طرق عن عبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفي، ثنا أيوب عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد مرفوعًا: «**من أحيا أرضًا ميتة فهي له، وليس لِعِرْقٍ ظالم حقٌّ**».

قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وقد رواه بعضهم عن هشام عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلًا».

وقال الدارقطني في «العلل» (٤/ ٤١٤): «تفرد به عبد الوهاب الثقفي، عن أيوب».

ـ ورواه عن هشام عن أبيه مرسلًا:

١ ـ مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٤٣) ـ ومن طريقه: الشافعي (اختلاف مالك والشافعي ٧/ ٢١٤)، وأخرجه البيهقي (٦/ ١٤٣)، وفي «معرفة السُّنن» (٩/ ٧) ـ.

٢ ـ يحيى بن سعيد الأنصاري.

أخرج روايته: النسائي في «الكبرى» (٥٧٦٢).

٣ ـ الليث بن سعد.

أخرج روايته: النسائي في «الكبرى» (٥٧٦٢).

٤ ـ عبد الله بن إدريس الأودي.

أخرج روايته: البيهقي (٦/ ١٤٢).

٥ ـ سفيان بن عيينة.

أخرج روايته: البيهقي (٦/ ١٤٢).

= ٦ ـ أبو معاوية محمد بن خازم الكوفي.
أخرج روايته: أبو عبيد في «الأموال» (٧٠٤).
٧ ـ سعيد بن عبد الرحمٰن الجُمَحي.
أخرجه أبو عبيد في «الأموال» (٧٠٤)، وفي «الغريب» (١/ ٢٩٥)، والبغوي في «شرح السُّنَّة» (٢١٦٧).
٨ ـ وكيع بن الجراح.
أخرج روايته: ابن أبي شيبة (٧/ ٧٤).
قال الدارقطني: والمرسل عن عروة أصح».
وقال ابن عبد البر: وهو أصح ما قيل فيه «التمهيد» (٢٢/ ٢٨٠).
ـ ورواه عن هشام عن أبيه عن عائشة:
١ ـ أبو يوسف القاضي وهو في «الخراج» (ص٧٠).
٢ ـ أبو أويس عبد الله بن عبد الله المدني.
أخرج روايته: أبو يعلى كما «نصب الراية» (٤/ ٢٨٨).
٣ ـ عبد الله بن الأجلح الكندي.
أخرج روايته: القضاعي في «مسند الشهاب» (١١٨٧).
ـ ورواه مسلم بن خالد الزَّنْجي عن هشام عن أبيه عن ابن عمرو.
أخرج روايته: الطبراني في «الأوسط» (٦٠٥).
وقال: لم يَرو هذا الحديث عن هشام عن أبيه عن ابن عمرو إلا مسلم».
ـ ورواه سفيان الثوري عن هشام، واختلف عنه:
• فرواه محمد بن يوسف الفِرْيابي عن سفيان عن هشام عن أبيه مرسلًا.
أخرج روايته: ابن زنجويه (١٠٥٣).
• ورواه يزيد بن هارون الواسطي، عن سفيان، عن هشام، عن أبيه قال: حدَّثني من لا أتهم أنّ النبي ﷺ قال...
أخرج روايته: الدارقطني في «العلل» (٤/ ٤١٦).
ـ ورواه محمد بن إسحاق المدني: عن هشام ويحيى ابني عروة، عن عروة: أنَّ رجلين من الأنصار اختصما في أرض، غرس أحدهما فيها نخلًا، والأرض للآخر. فقضى رسول الله ﷺ بالأرض لصاحبها، وأمر صاحب النخل أن يُخرج نخله، وقال: **«من أحيا أرضًا ميتة فهي لمن أحياها، وليس لعرق ظالم حق»**. =

= قال: فلقد أخبرني الذي حدَّثني بهذا الحديث أنه رأى النخل وهي عُمٌّ، تُقلع أصولها بالفؤوس.

قال ابن إسحاق: ليس لعرق ظالم حق، قال: أن تأتي أرض غيرك فتزرع فيها.

أخرجه ابن زنجويه (١٠٥٤)، والدارقطني (٣/ ٣٥ ـ ٣٦).

ورواه غير واحد عن ابن إسحاق فلم يذكروا هشام بن عروة:

١ ـ أبو يوسف القاضي في «الخراج» (ص٧٠).

٢ ـ أبو شهاب عبد ربه بن نافع الحناط.

أخرجه البيهقي (٦/ ٩٩ و١٤٢)، وفي «معرفة السُّنن» (٨/ ٣٠٥).

٣ ـ عبد الرحيم بن سليمان الكناني.

أخرجه البيهقي (٦/ ٩٩).

٤ ـ عبدة بن سليمان الكلابي.

أخرجه أبو داود (٣٠٧٤)، وابن عبد البر في «التمهيد» (٢٢/ ٢٨٢).

٥ ـ عبَّاد بن العوام الواسطي.

أخرجه أبو عبيد في «الأموال» (٧٠٧) عن عباد به.

٦ ـ جرير بن حازم البصري.

أخرجه أبو داود (٣٠٧٥)، والبيهقي (٦/ ٩٩)، وابن عبد البر (٢٢/ ٢٨٣).

واختلف فيه على عروة:

ـ فرواه أبو الأسود محمد بن عبد الرحمٰن المدني عن عروة، واختلف عنه:

● فرواه عبيد الله بن أبي جعفر المصري، عن أبي الأسود، عن عروة، عن عائشة؛ مرفوعًا، بلفظ: **«من أعمر أرضًا ليست لأحد فهو أحق»**.

أخرجه النسائي في «الكبرى» (٥٧٥٩).

● ورواه حَيْوَة بن شريح المصري، عن أبي الأسود، عن عروة؛ مرسلًا بلفظ: **«من أحيا أرضًا مواتًا ليست لأحد فهي له، ولا حق لعرق ظالم»**.

أخرجه النسائي في «الكبرى» (٥٧٦٠).

ـ ورواه الزهري، عن عروة، عن عائشة مرفوعًا: «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمن أحيا من موات الأرض شيئًا فهو له، وليس لعرق ظالم حق».

أخرجه ابن عدي (٣/ ١٠٨٦)، والدارقطني (٤/ ٢١٧) والبيهقي (٨/ ١٤٢)، وابن عبد البر (٢٢/ ٢٨٣).

وقال ابن عدي: ومن أحيا مواتًا قد رواه عن الزهري غير زمعة، وأما قوله: =

وَذَلِكَ أَنَّ قَوْلَهُ ﷺ (هَذَا خَرَجَ)(١) عَلَى سَبَبٍ، وَهُوَ فِي غُلَامٍ قِيمَ فِيهِ بِعَيْبٍ، فَأَرَادَ الَّذِي صُرِفَ عَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ الْمُشْتَرِي غَلَّتَهُ.

٢٤٢١ وَإِذَا خُرِّجَ الْعَامُّ عَلَى سَبَبٍ، هَلْ يُقْصَرُ عَلَى سَبَبِهِ أَمْ يُحْمَلُ عَلَى عُمُومِهِ؟

فِيهِ خِلَافٌ بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ مَشْهُورٌ(٢).

= «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله» يقوله زمعة».

وقال أبو حاتم: «هذا حديث منكر، إنما يرويه من غير حديث الزهري عن عروة مرسلًا». «العلل» (١/ ٤٧٤).

● وقال عبد الله بن المبارك: أنا نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة، عن عروة قال: أشهد أنّ رسول الله ﷺ قضى أنّ الأرضَ أرضُ الله، والعباد عبادُ الله، ومن أحيا مواتًا فهو أحق به.

جاءنا بهذا عن النبي ﷺ الذين جاءوا بالصلوات عنه.

أخرجه أبو داود (٣٠٧٦)، والبيهقي (٦/ ١٤٢)، وابن عبد البر (٢٢/ ٢٨٣).

● وقال رَوَّاد بن الجراح العسقلاني: ثنا نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة، عن عروة، عن عائشة مرفوعًا: «**من أحيا مواتًا فهي له، وليس لعرق ظالم حق**».

أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٧٢٦٣).

● وقال موسى بن داود الضبي: ثنا نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة، عن عروة، عن عبد الملك بن مروان، عن مروان بن الحكم مرفوعًا: «**الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، فمن أحيا أرضًا ميتة فهو أحق بها**».

أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٧٢٦٣).

قال ابن أبي حاتم في «العلل» (٤/ ٢٧٨ ـ ٢٧٩): «وسألتُ أَبِي عَنْ حديثٍ رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ، عَنْ زَمْعَة، عَنِ الزُّهري، عَنْ عُرْوَة، عَنْ عائِشَة؛ قَالَتْ: قَالَ رسولُ الله ﷺ: **العِبَادُ عِبَادُ اللهِ، والبِلَادُ بِلَادُ اللهِ؛ مَنْ أَحْيَا مِنْ مَواتِ الأَرْضِ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ، ولَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**؟

قَالَ أَبِي: هَذَا حديثٌ مُنكَرٌ؛ إِنَّمَا يَرْوِيهِ مِنْ غَيْرِ حَدِيثِ الزُّهري عَنْ عُرْوَة، مرسلًا».

قال ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٢/ ٢٨٣): «هذا الاختلاف على عروة يدل على أن الصحيح في إسناد هذا الحديث عنه الإرسال».

(١) في (أ): «هو اخراج».

(٢) ينظر: «المحصول»، للرازي: (٣/ ١٢٥).

فَمَنْ قَصَرَ هَاهُنَا هَذَا الْحُكْمَ عَلَى سَبَبِهِ، قَالَ: إِنَّمَا تَجِبُ الْغَلَّةُ مِنْ قِبَلِ الضَّمَانِ فِيمَا صَارَ إِلَى[1] الْإِنْسَانِ بِشُبْهَةٍ، مِثْلَ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئًا فَيَسْتَغِلَّهُ فَيَسْتَحِقَّ مِنْهُ.

وَأَمَّا مَا صَارَ إِلَيْهِ بِغَيْرِ وَجْهِ شُبْهَةٍ: فَلَا تَجُوزُ لَهُ الْغَلَّةُ لِأَنَّهُ ظَالِمٌ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ [أ/ ٤٤٠و] حَقٌّ؛ فَعَمَّمَ هَذَا الْحَدِيثَ فِي الْأَصْلِ وَالْغَلَّةِ[2]، وَخَصَّصَ الثَّانِيَ.

وَأَمَّا مَنْ عَكَسَ الْأَمْرَ: فَعَمَّمَ قَوْلَهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**» عَلَى أَكْثَرَ مِنَ السَّبَبِ الَّذِي خُرِّجَ عَلَيْهِ، وَخَصَّصَ قَوْلَهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»؛ بِأَنْ جَعَلَ ذَلِكَ فِي الرَّقَبَةِ دُونَ الْغَلَّةِ، قَالَ: لَا يَرُدُّ الْغَلَّةَ الْغَاصِبُ.

(وَأَمَّا مِنَ الْمَعْنَى:

فَمَا تَقَدَّمَ مِنْ قَوْلِنَا وَالْقِيَاسُ أَنْ يَجْرِيَ الْمَنَافِعِ وَالْأَعْيَانِ الْمُتَوَلِّدَة مَجْرًى وَاحِدًا، وَأَنْ يُعْتَبَرَ التَّضْمِينَ أَوْ لَا يُعْتَبَرَ)[3]، وَأَمَّا سَائِرُ الْأَقَاوِيلِ الَّتِي بَيْنَ هَذَيْنِ فَهِيَ اسْتِحْسَانٌ.

٢٤٣٢ **وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى أَنَّ مَنِ اغْتَرَسَ نَخْلًا أَوْ ثَمَرًا، (وبِالْجُمْلَةِ نَبَاتًا)[4] فِي غَيْرِ أَرْضِهِ أَنَّهُ يُؤْمَرُ بِالْقَلْعِ[5]، لِمَا ثَبَتَ مِنْ حَدِيثِ مَالِكٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»[6].

وَالْعِرْقُ الظَّالِمُ عِنْدَهُمْ: هُوَ مَا اغْتُرِسَ فِي أَرْضِ الْغَيْرِ[7].

---

(١) في (م): «إليه».
(٢) من (م).
(٣) ما بين القوسين ليس في (م).
(٤) مكانها بياض في (م)، وفي المطبوع: «بالجملة، وبنيانًا».
(٥) نقله عنه: ابن قاسم في «حاشية الروض» (٥/ ٣٨٣).
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) ينظر: «غريب الحديث»، للخطابي: (٣/ ٢٢٨).

وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ، فِي هَذَا الْحَدِيثِ زِيَادَةً: قَالَ عُرْوَةُ: وَلَقَدْ حَدَّثَنِي الَّذِي حَدَّثَنِي هَذَا الْحَدِيثَ: «أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ غَرَسَ أَحَدُهُمَا نَخْلًا فِي أَرْضِ الآخَرِ، فَقَضَى لِصَاحِبِ الْأَرْضِ بِأَرْضِهِ، وَأَمَرَ صَاحِبَ النَّخْلِ أَنْ يُخْرِجَ نَخْلَهُ مِنْهَا، قَالَ: فَلَقَدْ رَأَيْتُهَا (وَإِنَّ أُصُولَهَا لَتُضْرَبُ)[١] بِالْفُؤُوسِ، وَإِنَّهَا لَنَخْلٌ عُمٌّ حَتَّى أُخْرِجَتْ مِنْهَا»[٢].

إِلَّا مَا رُوِيَ فِي الْمَشْهُورِ عَنْ مَالِكٍ: «أَنَّ مَنْ زَرَعَ زَرْعًا فِي أَرْضِ غَيْرِهِ وَفَاتَ أَوَانُ زَرْعِهِ لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ[٣] أَنْ يَقْلَعَ زَرْعَهُ، وَكَانَ عَلَى الزَّارِعِ كِرَاءُ الْأَرْضِ»[٤].

وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ مَا يُشْبِهُ قِيَاسَ قَوْلِ الْجُمْهُورِ.

وَعَلَى قَوْلِهِ: إِن كَانَ مَا لَا يَنْتَفِعُ الْغَاصِبُ بِهِ إِذَا قَلَعَهُ وَأَزَالَهُ أَنَّهُ لِلْمَغْصُوبِ، يَكُونُ الزَّرْعُ عَلَى هَذَا لِلزَّارِعِ.

وَفَرَّقَ قَوْمٌ بَيْنَ الزَّرْعِ وَالثِّمَارِ فَقَالُوا:

الزَّارِعُ فِي أَرْضِ [ب/٣٨٨ظ] غَيْرِهِ لَهُ نَفَقَتُهُ[٥] وَزَرِيعَتُهُ.

وَهُوَ قَوْلُ كَثِيرٍ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ[٦].

وَرُوِيَ عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ، أَنَّهُ قَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: (**«مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضِ قَوْمٍ**)[٧] **بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَهُ نَفَقَتُهُ، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ»**[٨].

---

(١) في (م): «وإنها لتضرب رؤوسها».
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) في (م): «الزرع».
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) في (أ): «منفعته».
(٦) في «الأموال» (١/ ٤٠٥ ـ ٤٠٦).
(٧) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).
(٨) أخرجه أبو داود (٣٤٠٣)، والترمذي (١٣٦٦)، وفي «العلل الكبير» (رقم: ٢٢٦)، وابن ماجه (٢٤٦٦)، وأحمد (٣/ ٤٦٥ و٤/ ١٤١)، ويحيى بن آدم في «الخراج» (٢٩٥)، والطيالسي (١٠٠٢)، وأبو عبيد في «الأموال» (٧٠٨)، وابن زنجويه في «الأموال» (١٠٥٧)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٢٢٤٣٦ و٣٦٢٨٧)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ١١٧ ـ ١١٨)، و«المشكل» (٢٦٦٩)، والطبراني في «الكبير» =

= (٤/ ٢٨٤ ـ ٢٨٥، رقم: ٤٤٣٧)، وابن عدي في «الكامل» (٤/ ١٩)، والبيهقي (٦/ ١٣٦)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٤٨/١٢) من طريق شريك عن أبي إسحاق عن عطاء بن أبي رباح عن رافع بن خديج مرفوعًا به.
قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب، لا نعرفه من حديث أبي إسحاق إلا من هذا الوجه من حديث شريك بن عبد الله».
وقال: وسألت محمد بن إسماعيل عَن هَذَا الْحَدِيثِ؟ فَقَالَ: هُوَ حديث حسنٌ.
وقال: لا أعرفه من حديث أبي إسحاق إلا من رواية شريك».
وقال في العلل: «سألت محمدًا عَن هَذَا الْحَدِيثِ؟ فَقَالَ: «هُوَ حديثُ شريك الذي تفرَّد به عن أبي إسحاق. قال محمد: وحدَّثنا معقل بن مالك، عن عقبة بن الأصم، عن عطاء، قال: حدَّثنا رافع بن خديج، بهذا الحديث، ومعقل بن مالك بصري».
وقال البيهقي: «وعقبة [أي: ابن الأصم] ضعيفٌ، لا يُحتَج به».
وقال ابن عدي: «وهذا يعرف بشريك بهذا الإسناد، وكنت أظنُّ أن عطاء، عن رافع بن خديج مرسل، حتى تبيَّن لي أن أبا إسحاق أيضًا عن عطاء مرسل».
وقال الخطابي في «معالم السُّنن» (٥/ ٦٤): «هذا الحديث لا يثبت عند أهل المعرفة بالحديث، وحدَّثني الحسن بْنِ يَحْيَى، عَنْ مُوسَى بْنِ هارون الحمَّال: أنه كان ينكر هذا الحديث ويضعفه ويقول: لم يروه عن أبي إسحاق غير شريك، ولا عن عطاء غير أبي إسحاق، وعطاء لم يسمع من رافع بن خديج شيئًا، وضعفه البخاري أيضًا، وقال: تفرد بذلك شريك عن أبي إسحاق، وشريك يهم كثيرًا أو أحيانًا».
وقال ابن أبي حاتم في «العلل» (٤/ ٢٨٦): «قَالَ أَبِي: رَوَى هَذَا الحديثَ غيرُ شَرِيك، وحديثُ يَحْيَى لَمْ يُسْنِدْهُ غيرُ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ.
وَأَمَّا الشافعيُّ: فَإِنَّهُ يدفعُ حديثَ عَطَاءٍ، وَقَالَ: عطاءٌ لَمْ يَلْقَ رَافِعًا.
قَالَ أَبِي: بَلَى قد أدرَكَهُ».
قال البيهقي: «قال الشافعي في كتاب البُوَيطي: الحديثُ منقطع؛ لأنه لم يلقَ عطاءٌ رافعًا».
وقال ابن أبي حاتم في «المراسيل» (ص١٥٥): «سمعت أبا زرعة يقول: لم يسمع عطاء من رافع بن خديج».
وأخرجه أبو داود (٣٣٩٩)، وابن أبي شيبة (٢٢٤٣٨ و٣٦٢٨٨)، وفي «المسند» ـ كما في «المطالب العالية» (١٣٥٩) ـ والطحاوي في «المشكل» (٢٦٧٠ و٢٦٧١)، والطبراني في «الكبير» (٤/ ٢٤٤، رقم: ٤٢٦٧) من طريق يحيى القطان: حدَّثنا أبو جعفر الخطمي عن سعيد بن المسيب عن رافع. =

٢٤٢٣ **وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ** فِي الْقَضَاءِ فِيمَا أَفْسَدَتْهُ [أ/٤٤٠ظ] الْمَوَاشِي وَالدَّوَابُّ عَلَى **أَرْبَعَةِ أَقْوَالٍ**:

أَحَدُهَا: أَنَّ كُلَّ دَابَّةٍ مُرْسَلَةٍ، فَصَاحِبُهَا ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَتْهُ.

وَالثَّانِي: أَنْ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّ [م/٢٤٧ظ] الضَّمَانَ عَلَى أَرْبَابِ الْبَهَائِمِ (فِيمَا أَفْسَدَتْ)(١) بِاللَّيْلِ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ فِيمَا أَفْسَدَتْهُ بِالنَّهَارِ.

وَالرَّابِعُ: وُجُوبُ الضَّمَانِ فِي غَيْرِ الْمُنْفَلِتِ وَلَا ضَمَانَ فِي الْمُنْفَلِتِ.

وَمِمَّنْ قَالَ: يُضَمَّنُ بِاللَّيْلِ وَلَا يُضَمَّنُ بِالنَّهَارِ: مَالِكٌ(٢) وَالشَّافِعِيُّ(٣).

وَبِأَنْ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ أَصْلًا: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٤) وَأَصْحَابُهُ.

وَبِالضَّمَانِ بِإِطْلَاقٍ: قَالَ اللَّيْثُ(٥).

إِلَّا أَنَّ اللَّيْثَ قَالَ: لَا يُضَمَّنُ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ الْمَاشِيَةِ.

وَالْقَوْلُ الرَّابِعُ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ(٦) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

فَعُمْدَةُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْبَابِ شَيْئَانِ:

أَحَدُهُمَا: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ

= ورواه حماد بن سلمة عن أبي جعفر الخطمي مرسلًا، أشار إلى ذلك أبو حاتم كما في «العلل» (٤/ ٢٨٦)، وقال: «وَلَمْ يُجوِّده؛ والصَّحيحُ: حديثُ يَحْيَى؛ لأنَّ يحيى حافظٌ ثقة».

(١) من (م).

(٢) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٥٧)، «المقدمات» (٢/ ٤٩٨)، «مواهب الجليل» (٥/ ٢٨٥).

(٣) «الحاوي» (٧/ ٤٤٩).

(٤) «ابن عابدين» (٦/ ١٧٧).

(٥) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٥٦).

(٦) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٥٦).

قال ابن عبد البر: الصواب في هذا الباب ـ والله أعلم ـ أن يضمن رب الماشية ما أفسدت ليلًا بالغًا ما بلغت الجناية؛ لأنَّ الظاهر من حديث ناقة البراء الضمان مطلقًا، غير مقيد بقيمة الناقة وغيرها، وأن حكم الليل في ذلك بخلاف حكم النهار.

غَنَمُ ٱلْقَوْمِ﴾ [الأنبياء: ٧٨]، وَالنَّفْشُ عِنْدَ أَهْلِ اللُّغَةِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِاللَّيْلِ، وَهَذَا الِاحْتِجَاجُ عَلَى مَذْهَبِ مَنْ يَرَى أَنَّا مُخَاطَبُونَ بِشَرْعِ مَنْ قَبْلَنَا.

وَالثَّانِي: مُرْسَلُهُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ: «أَنَّ نَاقَةً لِلْبَرَاءِ[١] بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ قَوْمٍ فَأَفْسَدَتْ فِيهِ، فَقَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ بِالنَّهَارِ حِفْظَهَا، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتْهُ الْمَوَاشِي[٢] بِاللَّيْلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا»[٣] أَيْ: مَضْمُونٌ.

وَعُمْدَةُ أَبِي حَنِيفَةَ: قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**الْعَجْمَاءُ جُرْحُهَا جُبَارٌ**»[٤]، وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ[٥]: وَتَحْقِيقُ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يُضَمَّنُ إِذَا أَرْسَلَهَا مَحْفُوظَةً، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يُرْسِلْهَا مَحْفُوظَةً فَيُضَمَّنُ.

وَالْمَالِكِيَّةُ تَقُولُ[٦]: مِنْ شَرْطِ قَوْلِنَا أَنْ تَكُونَ الْغَنَمُ فِي الْمَسْرَحِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ فِي أَرْضٍ مَزْرَعَةٍ[٧] بِلَا مَسْرَحٍ: فَهُمْ يُضَمَّنُونَ لَيْلًا وَنَهَارًا.

وَعُمْدَةُ مَنْ رَأَى الضَّمَانَ فِيمَا أَفْسَدَتْ لَيْلًا وَنَهَارًا شَهَادَةُ الْأُصُولِ لَهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ تَعَدٍّ مِنَ الْمُرْسِلِ، وَالْأُصُولُ عَلَى أَنَّ عَلَى الْمُتَعَدِّي الضَّمَانَ.

وَوَجْهُ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْمُنْفَلِتِ وَغَيْرِ الْمُنْفَلِتِ بَيِّنٌ، فَإِنَّ الْمُنْفَلِتَ لَا يُمْلَكُ.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ فِي هَذَا الْبَابِ: مُعَارَضَةُ الْأَصْلِ لِلسَّمْعِ، وَمُعَارَضَةُ السَّمَاعِ بَعْضِهِ لِبَعْضٍ.

---

(١) مكانها بياض في (م). (٢) ليست في (ب).

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٤٧ ـ ٧٤٨).
ومن طريقه: الشافعي في «المُسنَدِ» (١٦٩١)، وفي «اختلَافِ الحَدِيثِ» (ص٢٢٥)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٣/ ٢٠٣)، وفي «المشكل» (٦١٥٩)، والدارقطني (٣/ ١٥٦)، والبَيْهَقِيُّ فِي «الكُبْرَى» (٨/ ٣٤٢)، وفِي «المَعْرِفَةِ» (٥٢٨٩) ـ.
قال ابن عبد البر في «التمهيد» (١١/ ٨١): هكذا رواه جميع رُواة «الموطأ» فيما علمتُ مرسلًا.

(٤) أخرجه البخاري (٦٩١٢)، ومسلم (١٧١٠).

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» (٥/ ٢١٢).

(٦) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٥٨). (٧) من (م).

أَعْنِي: أَنَّ الْأَصْلَ يُعَارِضُ «**جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ**»[١]، وَيُعَارِضُ أَيْضًا التَّفْرِقَةَ الَّتِي فِي حَدِيثِ الْبَرَاءِ، والتَّفْرِقَةُ الَّتِي فِي حَدِيثِ الْبَرَاءِ تُعَارِضُ أَيْضًا قَوْلَهُ: «**جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ**»[٢].

٢٤٢٤ وَمِنْ مَسَائِلِ هَذَا الْبَابِ [أ/ ٤٤١و] الْمَشْهُورَةِ:

اخْتِلَافُهُمْ[٣] فِي حُكْمِ مَا يُصَابُ مِنْ أَعْضَاءِ الْحَيَوَانِ، فَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ[٤] أَنَّهُ قَضَى فِي عَيْنِ الدَّابَّةِ بِرُبْعِ ثَمَنِهَا، وَكَتَبَ إِلَى شُرَيْحٍ فَأَمَرَهُ بِذَلِكَ، وَبِهِ قَالَ الْكُوفِيُّونَ[٥]، وَقَضَى بِهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ[٦] [ب/ ٣٨٩و].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٧] وَمَالِكٌ[٨]: يَلْزَمُ فِيمَا أُصِيبَ مِنَ الْبَهِيمَةِ مَا نَقَصَ من ثَمَنِهَا قِيَاسًا عَلَى التَّعَدِّي فِي الْأَمْوَالِ.

وَالْكُوفِيُّونَ اعْتَمَدُوا فِي ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ عُمَرَ ﷺ وَقَالُوا: إِذَا قَالَ الصَّاحِبُ[٩] قَوْلًا وَلَا مُخَالِفَ لَهُ مِنَ الصَّحَابَةِ، وَقَوْلُهُ مَعَ هَذَا مُخَالِفٌ لِلْقِيَاسِ وَجَبَ الْعَمَلُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يُعْلَمُ[١٠] أَنَّهُ إِنَّمَا صَارَ إِلَى الْقَوْلِ بِهِ مِنْ جِهَةِ التَّوْقِيفِ.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ إِذن: مُعَارَضَةُ الْقِيَاسِ لِقَوْلِ الصَّاحِبِ.

٢٤٢٥ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي الْجَمَلِ الصَّئُولِ وَمَا أَشْبَهَهُ يَخَافُه الرَّجُلُ عَلَى نَفْسِهِ فَيَقْتُلُهُ، هَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ غُرْمُهُ أَمْ لَا؟

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) مكانها بياض في (م).
(٤) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٦٣).
(٥) «الهداية» (٣/ ١٠٩)، «المبسوط» (١٧/ ٩٤).
(٦) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٦٣).
(٧) «الحاوي» (٧/ ٥٠٦).
(٨) «الاستذكار» (٢٢/ ٢٦٣)، «المدونة» (٣/ ٤٤٢).
(٩) في (م): «الصحابي».
(١٠) في (م): «لا يعلم».

فَقَالَ مَالِكٌ[(١)] وَالشَّافِعِيُّ[(٢)]: لَا غُرْمَ عَلَيْهِ إِذَا بَانَ أَنَّهُ خَافَهُ عَلَى نَفْسِهِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]، وَالثَّوْرِيُّ[(٤)]: يُضَمَّنُ قِيمَتَهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ.

فَعُمْدَةُ مَنْ لَمْ يَرَ الضَّمَانَ:

الْقِيَاسُ عَلَى مَنْ قَصَدَ رَجُلًا فَأَرَادَ قَتْلَهُ، فَدَافَعَ الْمَقْصُودُ عَنْ نَفْسِهِ فَقَتَلَ فِي الْمُدَافَعَةِ الْقَاصِدَ[(٥)] الْمُتَعَدِّيَ أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ قَوَدٌ، وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي النَّفْسِ كَانَ فِي الْمَالِ أَحْرَى؛ لِأَنَّ النَّفْسَ أَعْظَمُ حُرْمَةً مِنَ الْمَالِ.

وَقِيَاسًا أَيْضًا عَلَى إِهْدَارِ دَمِ الصَّيْدِ الْحَرَمِيِّ إِذَا صَالَ، وَبِه تَمَسَّكَ حُذَّاقُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ.

وَعُمْدَةُ أَبِي حَنِيفَةَ:

أَنَّ الْأَمْوَالَ تُضَمَّنُ بِالضَّرُورَةِ إِلَيْهَا، أَصْلُهُ الْمُضْطَرُّ إِلَى طَعَامِ الْغَيْرِ وَلَا حُرْمَةَ لِلْبَعِيرِ مِنْ جِهَةِ مَا هُوَ ذُو نَفْسٍ، (إِلَّا أَنَّ هَذَا الْأَصْلَ لَا يُوَافِقُهُ عَلَيْهِ مُخَالِفُهُ لِأَنَّ مَالِكًا يَرَى أَنَّ مَنْ أَكَلَ [م/٢٤٨و] مَالَ الْغَيْرِ مُضْطَرًّا إِلَيْهِ مِنْ أَجْلِ بَقَاءِ حَيَاتِهِ لَا يَغْرَمُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي اسْتِبَاحَةِ الْمَالِ فِي هَذَا الْحَالِ.

وَيُتَصَوَّرُ الْخِلَافُ فِي حَالِ ارْتِفَاعِ هَذِهِ الضَّرُورَةِ هَلْ يَضْمَنُ أَوْ لَا يَضْمَنُ)[(٦)].

٢٤٣٦ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي الْمُكْرَهَةِ عَلَى الزِّنَا، هَلْ عَلَى مُكْرِهِهَا مَعَ الْحَدِّ صَدَاقٌ أَمْ لَا؟

---

(١) «البيان والتحصيل» (٩/ ٣٩٣)، «لوامع الدرر في هتك أستار المختصر» (١٤/ ٥٩)، «مختصر خليل» (٨/ ٢٠٦ الزرقاني)، «النوادر» (١٣/ ٥١٤).

(٢) «الأم» (٦/ ١٩١).

(٣) «المبسوط» (٤/ ٥٨٤).

(٤) «الأوسط» (١٣/ ٤١٢).

(٥) في (م): «المقصود».

(٦) ما بين القوسين من (م).

فَقَالَ مَالِكٌ(١)، وَالشَّافِعِيُّ(٢)، وَاللَّيْثُ(٣): عَلَيْهِ الصَّدَاقُ وَالْحَدُّ جَمِيعًا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٤)، وَالثَّوْرِيُّ(٥): عَلَيْهِ الْحَدُّ وَلَا صَدَاقَ عَلَيْهِ.

وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ شُبْرُمَةَ(٦).

وَعُمْدَةُ الشافعي: أَنَّهُ وَجب عَلَيْهِ حَقَّانِ:

حَقٌّ للهِ وَحَقٌّ لِلْآدَمِيِّ، فَلَمْ يُسْقِطْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، أَصْلُهُ السَّرِقَةُ الَّتِي يَجِبُ بِهَا عِنْدَهُمْ غُرْمُ الْمَالِ وَالْقَطْعُ.

وَأَمَّا مَنْ لَمْ يُوجِبِ الصَّدَاقَ:

فَتَعَلَّقَ فِي ذَلِكَ بِمَعْنَيَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ إِذَا اجْتَمَعَ حَقَّانِ:

حَقٌّ للهِ وَحَقٌّ لِلْمَخْلُوقِ سَقَطَ حَقُّ الْمَخْلُوقِ لِحَقِّ اللهِ.

وَهَذَا عَلَى رَأْيِ الْكُوفِيِّينَ فِي أَنَّهُ لَا يُجْمَعُ عَلَى السَّارِقِ [أ/٤٤١ظ] غُرْمٌ وَقَطْعٌ.

وَالْمَعْنَى الثَّانِي:

أَنَّ الصَّدَاقَ لَيْسَ مُقَابِلَ [الْقَطْعِ(٧)(٨)، وَإِنَّمَا هُوَ عِبَادَةٌ إِذا كَانَ النِّكَاحُ

---

(١) «الجامع لمسائل المدونة» (١٠/ ٩٤٥)، «الفواكه الدواني» (٢/ ٢٣٥)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ٣١٣)، «شرح مختصر خليل» (٨/ ٧٥).

(٢) «المهذب» (٢/ ٢٦٧)، «مغني المحتاج» (٤/ ٣٩٨)، «تحفة المحتاج» (٩/ ١٠٧)، «أسنى المطالب» (٤/ ١٢٧).

(٣) «الاستذكار» (٢٤/ ١١٣).

قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٤/ ١١١): «لا خلاف عليه علمته بين علماء السلف والخلف: أن المكرهة على الزنا لا حدَّ عليها، إذا صحَّ إكراهها واغتصابها نفسه».

(٤) «البدائع» (٧/ ٦٧)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ١٧٢)، «تبيين الحقائق» (٣/ ١٨٣)..

(٥) «الاستذكار» (٢٤/ ١١٣). (٦) «الاستذكار» (٢٤/ ١١٣).

(٧) زاد في (م): «غَرْمُ الْمَالِ».

(٨) ما بين المعكوفتين مكانها في المطبوع: «البضع»، ولعله أشبه.

شَرْعِيًّا، وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ: فَلَا صَدَاقَ فِي النِّكَاحِ الَّذِي عَلَى غَيْرِ الشَّرْعِ[١].

٢٤٣٧ وَمِنْ مَسَائِلِهِمُ الْمَشْهُورَةِ فِي هَذَا الْبَابِ:

مَنْ غَصَبَ أُسْطُوَانَةً (فَبَنَى عَلَيْهَا بِنَاءً يُسَاوِي قَائِمًا أَضْعَافَ قِيمَةِ الْأُسْطُوَانَةِ. فَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُحْكَمُ عَلَى الْغَاصِبِ بِالْهَدْمِ وَيَأْخُذُ الْمَغْصُوبُ مِنْهُ أُسْطُوَانَتَهُ)[٢]. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٣]: تَفُوتُ بِالْقِيمَةِ كَقَوْلِ مَالِكٍ[٤] فِيمَنْ غَيَّرَ الْمَغْصُوبَ بِصِنَاعَةٍ لَهَا قِيمَةٌ كَثِيرَةٌ.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ[٥]: لَا يَفُوتُ الْمَغْصُوبَ بِشَيْءٍ مِنَ الزِّيَادَةِ.

(وَهُنَا انْقَضَى هَذَا الْكِتَابُ)[٦].

---

(١) زاد هنا في (م): «وأيضًا فإن النكاح هي استفادة منفعة من المتناكحين، وليس هي استفادة منفعة من المنكوحة فحسب، بل هي مثلها من الناكح؛ لأن هذه المنفعة هي اللذة، إلا أن يتصور ذلك من جهة الذي يدخل على البكر. وقد يدل على أنَّ الصداق ليس عوض منفعة لزمه قبل الدخول».

(٢) ما بين القوسين ليس في (م).

(٣) «الاختيار» (٣/ ٦٢)، «البحر الرائق» (٨/ ٢١١).

(٤) «التاج والإكليل» (٧/ ٣١٣)، «الشرح الكبير» (٣/ ٤٥١).

(٥) «روضة الطالبين» (٥/ ٣٩٣)، «نهاية المحتاج» (٥/ ١٧١)، «مغني المحتاج» (٣/ ٢٥٤).

(٦) ليست في (م).

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ
(صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ)[١]

كِتَابُ الِاسْتِحْقَاقِ

وَجُلُّ النَّظَرِ فِي هَذَا الْكِتَابِ: (هُوَ فِي أَحْكَامِ الِاسْتِحْقَاقِ)[٢]، [ب/ ٣٨٩ظ]
وَتَحْصِيلُ أُصُولِ[٣] أَحْكَامِ هَذَا الْكِتَابِ:

أَنَّ الشَّيْءَ الْمُسْتَحَقَّ مِنْ يَدِ إِنْسَانٍ بِمَا ثَبَتَتْ بِهِ الْأَشْيَاءُ فِي الشَّرْعِ لِمُسْتَحِقِّهَا إِذَا صَارَ إِلَى ذَلِكَ الْإِنْسَانِ الَّذِي اسْتُحِقَّ مِنْ يَدِهِ الشَّيْءُ الْمُسْتَحَقُّ بِشِرَاءٍ، أَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ: أَنْ يَسْتَحِقَّ مِنْ ذَلِكَ الشَّيْءِ أَقَلَّهُ أَوْ كُلَّهُ أَوْ جُلَّهُ.

ثُمَّ إِذَا اسْتُحِقَّ مِنْهُ كُلُّهُ أَوْ جُلُّهُ: فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ قَدْ تَغَيَّرَ عِنْدَ[٤] الَّذِي هُوَ بِيَدِهِ بِزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ أَوْ يَكُونَ لَمْ يَتَغَيَّرْ.

ثُمَّ لَا يَخْلُو أَيْضًا أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَحَقُّ مِنْهُ قَدِ اشْتَرَاهُ بِثَمَنٍ أَوْ بِمَثْمُونٍ.

فَأَمَّا إِنْ كَانَ اسْتُحِقَّ مِنْهُ أَقَلُّهُ:

فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ عِنْدَ مَالِكٍ عَلَى الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْهُ بِقِيمَةِ مَا اسْتُحِقَّ مِنْ يَدِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالْجَمِيعِ.

وَأَمَّا إِنِ اسْتُحِقَّ جُلُّهُ أَوْ كُلُّهُ:

فَإِنْ كَانَ لَمْ يَتَغَيَّرْ أَخَذَهُ الْمُسْتَحِقُّ وَرَجَعَ الْمُسْتَحَقُّ مِنْ يَدِهِ عَلَى الَّذِي اشْتَرَاهُ مِنْهُ بِثَمَنِ مَا اشْتَرَاهُ مِنْهُ إِنْ كَانَ اشْتَرَاهُ[٥] بِثَمَنٍ.

وَإِنْ كَانَ اشْتَرَاهُ بِالْمَثْمُونِ رَجَعَ بِالْمَثْمُونِ بِعَيْنِهِ[٦] إِنْ كَانَ لَمْ يَتَغَيَّرْ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٢) مكانها بياض في (م).
(٣) ليست في (م).
(٤) في (م): «على».
(٥) في (أ): «اشتراؤه».
(٦) في (م): «نفسه».

فَإِنْ تَغَيَّرَ تَغَيُّرًا يُوجِبُ اخْتِلَافَ قِيمَتِهِ رَجَعَ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الشِّرَاءِ، وَإِنْ كَانَ الْمَالُ الْمُسْتَحَقُّ قَدْ بِيعَ؛ فَلِلْمُسْتَحِقِّ أَنْ يُمْضِيَ الْبَيْعَ وَيَأْخُذَ الثَّمَنَ أَوْ يَأْخُذَهُ [أ/٤٤٢و] بِعَيْنِهِ، فَهَذَا حُكْمُ الْمُسْتَحِقِّ وَالْمُسْتَحَقِّ[١] مِنْ يَدِهِ مَا لَمْ يَتَغَيَّرِ الشَّيْءُ الْمُسْتَحَقُّ.

فَإِنْ تَغَيَّرَ الشَّيْءُ الْمُسْتَحَقُّ:

فَلَا يَخْلُو أَنْ يَتَغَيَّرَ بِزِيَادَةٍ أَوْ نُقْصَانٍ.

فَأَمَّا إِنْ كَانَ تَغَيُّرٌ بِزِيَادَةٍ:

فَلَا يَخْلُو أَنْ يَتَغَيَّرَ بِزِيَادَةٍ مِنْ قِبَلِ الَّذِي اسْتُحِقَّ مِنْ يَدِهِ الشَّيْءُ، أَوْ بِزِيَادَةٍ مِنْ ذَاتِ الشَّيْءِ.

فَأَمَّا الزِّيَادَةُ مِنْ ذَاتِ الشَّيْءِ قَبْلَهُ[٢] فَيَأْخُذُهَا [م/٢٤٨ظ] الْمُسْتَحِقُّ، مِثْلَ أَنْ يَسْمَنَ الْعَبْدُ أو الْجَارِيَةُ.

وَأَمَّا مِنْ قِبَلِه، فَمِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ الدَّارَ فَيَبْنِي فِيهَا فَتُسْتَحَقُّ مِنْ يَدِهِ، فهو مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يدْفَعَ قِيمَةُ الزِّيَادَةِ وَيَأْخُذَ مَا اسْتَحَقَّهُ أو بَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ الْمُسْتَحِقُّ مِنْ يَدِهِ قِيمَةَ مَا اسْتَحَقَّ أَوْ يَكُونَا شَرِيكَيْنِ، هَذَا بِقَدْرِ قِيمَةِ مَا اسْتُحِقَّ، وَهَذَا بِقَدْرِ قِيمَةِ مَا بَنَى أَوْ غَرَسَ، وَهُوَ قَضَاءُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ[٣].

وَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ وِلَادَةً مِنْ قِبَلِ الْمُسْتَحَقِّ مِنْهُ، مِثْلَ أَنْ يَشْتَرِيَ أَمَةً فَيُولِدَهَا ثُمَّ تُسْتَحَقَّ مِنْهُ أَوْ يَتَزَوَّجُها[٤] عَلَى أَنَّها حُرَّةٌ فَتَخْرُجَ أَمَةٌ:

٢٤٣٨ فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْمُسْتَحِقَّ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَعْيَانَ الْوَلَدِ.

٢٤٣٩ وَاخْتَلَفُوا فِي أَخْذِ قِيمَتِهِمْ:

وَأَمَّا الْأُمُّ: فَقِيلَ يَأْخُذُهَا بِعَيْنِهَا.

وَقِيلَ: يَأْخُذُ قِيمَتَهَا.

---

(١) من (م).
(٢) من (م).
(٣) «الاستذكار» (٢٢/ ١٩٣).
(٤) في (ب): «يزوجها».

[٢٤٢٩/أ] وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْوَلَدُ بِنِكَاحٍ فَاسْتُحِقَّتْ بِعُبُودِيَّةٍ:

فَلَا خِلَافَ[(١)] [ب/ ٣٩١و] أَنَّ لِسَيِّدِهَا أَنْ يَأْخُذَهَا (بِعَيْنِهَا.

وَقِيلَ: يَأْخُذُ قِيْمَتَهَا.

[٢٤٢٩/ب] وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْوَلَدُ بِنِكَاحٍ)[(٢)] وَيَرْجِعَ الزَّوْجُ[(٣)] بِالصَّدَاقِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ.

وَإِذَا أَلْزَمْنَاهُ قِيمَةَ الْوَلَدِ لَمْ يَرْجِعْ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ؛ لِأَنَّ الْغَرَرَ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالْوَلَدِ.

وَأَمَّا غَلَّةُ الشَّيْءِ الْمُسْتَحَقِّ:

فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ ضَامِنًا بِشُبْهَةِ مِلْكٍ:

فَلَا خِلَافَ أَنَّ الْغَلَّةَ لِلْمُسْتَحَقِّ مِنْهُ ـ وَأَعْنِي بِالضَّمَانِ: (أَنَّهَا تَكُونُ)[(٤)] مِنْ خَسَارَتِهِ[(٥)] إِذَا هَلَكَتْ عِنْدَهُ ـ وَأَمَّا إِذَا كَانَ غَيْرَ ضَامِنٍ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ وَارِثًا فَيَطْرَأَ عَلَيْهِ وَارِثٌ آخَرُ فَيَسْتَحِقَّ بَعْضَ مَا فِي يَدِهِ؛ فَإِنَّهُ يَرُدُّ الْغَلَّةَ. وَأَمَّا إِنْ كَانَ غَيْرَ ضَامِنٍ إِلَّا أَنَّهُ أَدَّى[(٦)] فِي ذَلِكَ ثَمَنًا مِثْلَ الْعَبْدِ يُسْتَحَقُّ بِحُرِّيَّةٍ[(٧)]، فَإِنَّهُ وَإِنْ هَلَكَ عِنْدَهُ يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ، فَفِيهِ قَوْلَانِ:

[أ/ ٤٤٢ظ] أَحَدُهُمَا[(٨)]: (أَنَّهُ لَا يُضَمَّنُ الْغَلَّةُ إِذَا وَجَدَ عَلَى مَنْ يَرْجِعُ، وَيُضَمَّنُ إِذَا لم يَجِدْ عَلَى مَنْ يَرْجِعُ)[(٩)].

---

(١) بياض قدر لوحة في النسخة (ب)، وقد رقمت هذه اللوحة بترتيب الترقيم على النسخة، وهي اللوحة رقم: [٣٩٠].

(٢) ما بين القوسين من (ب).

(٣) كررها في (م).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «أنه يكون».

(٥) في (م): «جارية».

(٦) في المطبوع: «ادعى».

(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بدنه».

(٨) من (م).

(٩) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «أنه لا يضمن إذا لم يجد على من يرجع»!

[٢٤٢٩/ج] وَأَمَّا مِنْ أَيِّ وَقْتٍ تَصِحُّ الْغَلَّةُ لِلْمُسْتَحِقِّ؟

فَقِيلَ: يَوْمَ الْحُكْمِ.

وَقِيلَ: مِنْ يَوْمِ ثُبُوتِ الْحَقِّ.

وَقِيلَ: مِنْ يَوْمِ تَوْقِيفِهِ.

[٢٤٢٩/د] وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْغَلَّةَ تَجِبُ لِلْمُسْتَحِقِّ فِي أَحَدِ هَذِهِ الْأَوْقَاتِ الثَّلَاثَةِ، فَإِذَا كَانَتْ أُصُولًا فِيهَا ثَمَرٌ فَأَدْرَكَ هَذَا الْوَقْتَ الثَّمَرُ وَلَمْ يُقْطَفْ بَعْدَهُ:

فَقِيلَ: إِنَّهَا لِلْمُسْتَحِقِّ مَا لَمْ تُقْطَفْ.

وَقِيلَ: مَا لَمْ تَيْبَسْ.

وَقِيلَ: مَا لَمْ تَطِبْ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا سَقَى وَعَالَجَ الْمُسْتَحَقَّ مِنْ يَدَيْهِ. وَهَذَا إِنْ كَانَ اشْتَرَى الْأُصُولَ قَبْلَ الْإِبَّارِ.

[٢٤٢٩/هـ] وَأَمَّا إِنْ كَانَ اشْتَرَاهَا (بَعْدَ الْإِبَّارِ)[١]:

فَالثَّمَرَةُ لِلْمُسْتَحِقِّ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ[٢] - وإِنْ جُذَّت[٣] - وَيَرْجِعُ بِالسَّقْيِ وَالْعِلَاجِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ[٤]: هِيَ لِلْمُسْتَحِقِّ مَا لَمْ تُجَذَّ.

وَالْأَرْضُ إِذَا اسْتُحِقَّتْ: فَالْكِرَاءُ إِنَّمَا هُوَ لِلْمُسْتَحِقِّ إِنْ وَقَعَ الِاسْتِحْقَاقُ فِي إِبَّانِ زَرِيعَةِ الْأَرْضِ.

وَأَمَّا إِذَا خَرَجَ الْإِبَّانُ: فَقَدْ وَجَبَ كِرَاءُ الْأَرْضِ لِلْمُسْتَحَقِّ مِنْهُ.

وَأَمَّا إِنْ كَانَ تَغَيَّر بِنُقْصَانٍ، فَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ سَبَبِ الْمُسْتَحَقِّ مِنْ يَدَيْهِ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُسْتَحَقِّ مِنْ يَدَيْهِ.

وَأَمَّا إِنْ كَانَ أَخَذَ لَهُ ثَمَنًا مِثْلَ أَنْ يَهْدِمَ الدَّارَ فَيَبِيعَ نَقْضَهَا[٥] ثُمَّ يَسْتَحِقَّهَا مِنْ يَدِهِ رَجُلٌ آخَرُ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِثَمَنِ مَا بَاعَ مِنَ النَّقْضِ.

---

(١) في (م): «وقد أزهت».
(٢) «المقدمات» (٣/ ٧٦).
(٣) في (ب): «وجد».
(٤) «المقدمات» (٣/ ٧٦).
(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «نقضها».

٢٤٣٠ (قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْوَلِيدِ)(١): وَلَمْ أَجِدْ فِي هَذَا الْبَابِ خِلَافًا يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ فِيمَا نَقَلْتُهُ فِيهِ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَأَصْحَابِهِ، وَهِيَ أُصُولُهُمْ فِي هَذَا الْبَابِ.

وَلَكِنْ يَجِيءُ عَلَى أُصُولِ الْغَيْرِ: أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمُسْتَحَقُّ مُشْتَرًى بِعَرَضٍ(٢)، وَكَانَ الْعَرَضُ قَدْ ذَهَبَ أَنْ يَرْجِعَ الْمُسْتَحَقُّ مِنْ يَدِهِ بِعَرَضٍ مِثْلِهِ لَا بِقِيمَتِهِ، وَهُمُ الَّذِينَ يَرَوْنَ فِي جَمِيعِ الْمُتْلَفَاتِ الْمِثْلَ.

وَكَذَلِكَ يَجِيءُ عَلَى أُصُولِ الْغَيْرِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا اسْتُحِقَّ مِنْهُ قَلِيلٌ أَوْ كَثِيرٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ عَلَى الْبَاقِي وَلَا انْعَقَدَ عَلَيْهِ بَيْعٌ وَلَا وَقَعَ بِهِ تَرَاضٍ. [ب/٣٩١ظ]

(انْقَضَى الْقَوْلُ، وَبَلَغَ التَّصَفُّح)(٣).

❁ ❁ ❁

---

(١) ليست في (م).
(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بعوض»، في المواضع الثلاثة.
(٣) ليست في (م).

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا

[كِتَابُ الْهِبَاتِ](١)

[م/٢٤٩و] وَالنَّظَرُ فِي الْهِبَةِ:

فِي أَرْكَانِهَا.

[أ/٤٤٣و] وَفِي شُرُوطِهَا.

وَفِي أَنْوَاعِهَا.

وَفِي أَحْكَامِهَا.

وَنَحْنُ إِنَّمَا نَذْكُرُ مِنْ هَذِهِ الْأَجْنَاسِ مَا فِيهَا مِنَ الْمَسَائِلِ الْمَشْهُورَةِ.

فَنَقُولُ:

أَمَّا الْأَرْكَانُ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ:

الْوَاهِبُ.

وَالْمَوْهُوبُ لَهُ.

وَالْهِبَةُ.

أَمَّا الْوَاهِبُ:

٢٤٣١ فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا(٢) عَلَى أَنَّهُ تَجُوزُ هِبَتُهُ إِذَا كَانَ مَالِكًا لِلْمَوْهُوبِ،

---

(١) جمع الهبة، وهي في اللغة: التفضل والتبرع بما ينفع الموهوب له.
وشرعًا: تمليك العين بلا عوض.
ينظر: «البحر الرائق» (٧/ ٣٠٩)، «كشف الحقائق» (٢/ ١٤٥).

(٢) قال ابن عابدين (٨/ ٤٢٣): «أن يكون الواهب من أهل الهبة، وكونه من أهلها: أن يكون حرًّا عاقلًا بالغًا مالكًا للموهوب». =

صَحِيحَ الْمِلْكِ، وَذَلِكَ إِن كَانَ فِي حَالِ الصِّحَّةِ وَحَالِ إِطْلَاقِ الْيَدِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي حَالِ الْمَرَضِ، وَفِي حَالِ السَّفَهِ وَالْفَلَسِ.

٢٤٣٢ أَمَّا الْمَرِيضُ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ(١): إِنَّهَا فِي ثُلُثِهِ تَشْبِيهًا بِالْوَصِيَّةِ - أَعْنِي: الْهِبَةَ التَّامَّةَ بِشُرُوطِهَا.

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنَ السَّلَفِ(٢) وَجَمَاعَةُ أَهْلِ الظَّاهِرِ: إِنَّ هِبَتَهُ مُخْرَجة مِنْ رَأْسِ مَالِهِ إِذَا مَاتَ، وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ: أَنَّهُ إِذَا صَحَّ مِنْ مَرَضِهِ أَنَّ الْهِبَةَ صَحِيحَةٌ.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ: حَدِيثُ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ، عَنِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

= وقال الدردير في «الشرح الصغير» (٤/ ١٣٩): «الهبة تمليك من له التبرع بالذات الموهوبة في غير هبة».
وقال الدسوقي (٥/ ٤٩٠ - ٤٩١): «وصحَّت؛ أي: الهبة في كل مملوك للواهب فلا تصح في حر ولا ملك غيرٍ بخلاف بيعه لأنه في نظير عوض ينقل؛ أي: يقبل النقل شرعًا».
وقال الخطيب الشربيني في «مغني المحتاج» (٢/ ٣٩٧): «فيشترط في الواهب: الملك، وإطلاق التصرف في ماله».
وقال البهوتي في «كشاف القناع» (٤/ ٢٥٢): «ويعتبر في الهبة أن تكون من جائز التصرف فلا تصح من صغير ولا سفيه ولا عبد ونحوهم كسائر التصرفات».

(١) «حاشية ابن عابدين» (٨/ ٤٢٣)، «الفتاوى الهندية» (٤/ ٣٧٤)، «البحر الرائق» (٧/ ٢٨٤)، «الاستذكار» (٢٣/ ٥٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٩٧٩)، «القوانين الفقهية» (ص٢٤١)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ٩٨)، «شرح الخرشي» (٧/ ١٠٢)، «الحاوي الكبير» (٧/ ٥٣٤).

(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٥٣).
قال أبو عمر: «الحجة على داود قائمةٌ بنص الحديث؛ لأنَّ فيه أنَّ رسول الله ﷺ إنما أقرع بين العبيد بعد موت سيدهم، وتغيَّظ عليه.
وقال: «لقد هممت ألا أصلي عليه ما أعتق جميعهم»، ولم يكن له مال غيرهم.
وهذه الألفاظ محفوظة في حديث عمران بن حصين».

وَالسَّلَامُ - «**فِي الَّذِي أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ عِنْدَ مَوْتِهِ، فَأَمَرَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ فَأَعْتَقَ ثُلُثَهُمْ وَأَرَقَّ الْبَاقِيَ**»(١).

وَعُمْدَةُ أَهْلِ الظَّاهِرِ: اسْتِصْحَابُ الْحَالِ - أَعْنِي: حَالَ الْإِجْمَاعِ.

[٢٤٣٢/ب] وَذَلِكَ أَنَّهُمْ لَمَّا **اتَّفَقُوا** عَلَى جَوَازِ هِبَتِهِ فِي الصِّحَّةِ وَجَبَ اسْتِصْحَابُ حُكْمِ الْإِجْمَاعِ فِي الْمَرَضِ؛ إِلَّا أَنْ يَدُلَّ دليل مِنْ كِتَابٍ أَوْ سُنَّةٍ بَيِّنَةٍ(٢)، وَالْحَدِيثُ عِنْدَهُمْ مَحْمُولٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ.

وَالْأَمْرَاضُ الَّتِي يُحْجَرُ فِيهَا عِنْدَ الْجُمْهُورِ هِيَ الْأَمْرَاضُ الْمَخُوفَةُ، وَكَذَلِكَ عِنْدَ مَالِكٍ الْحَالَاتُ الْمَخُوفَةُ، مِثْلُ الْكَوْنِ بَيْنَ الصَّفَّيْنِ، وَقُرْبِ الْحَامِلِ مِنَ الْوَضْعِ، وَرَاكِبِ الْبَحْرِ الْمُرْتَجِّ، وَفِيهِ اخْتِلَافٌ.

وَأَمَّا الْمُزْمِنَةُ فَلَيْسَ فِيهَا عِنْدَهُمْ تَحْجِيرٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ هَذَا فِي كِتَابِ الْحَجْرِ.

٢٤٣٣ وَأَمَّا السُّفَهَاءُ وَالْمُفْلِسُونَ:

فَلَا خِلَافَ عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بِالْحَجْرِ عَلَيْهِمْ أَنَّ هِبَتَهُمْ غَيْرُ مَاضِيَةٍ.

وَأَمَّا الْمَوْهُوبُ: فَكُلُّ شَيْءٍ صَحَّ مِلْكُهُ.

٢٤٣٤ وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَهَبَ جَمِيعَ مَالِهِ لِلْأَجْنَبِيِّ(٣).

٢٤٣٥ وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْضِيلِ الرَّجُلِ بَعْضَ وَلَدِهِ عَلَى بَعْضٍ فِي الْهِبَةِ، أَوْ فِي هِبَةِ جَمِيعِ مَالِهِ لِبَعْضِهِمْ دُونَ بَعْضٍ:

فَقَالَ جُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ بِكَرَاهِيَةِ ذَلِكَ لَهُ(٤)، وَلَكِنْ إِذَا وَقَعَ عِنْدَهُمْ

---

(١) تقدم.

(٢) وحكى الإجماعَ: ابن قدامة في «المغني» (٥/ ٦٤٩).

(٣) وحكى الإجماعَ: ابن حجر في «فتح الباري» (٥/ ٢١٥).

(٤) قال ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٥٧): «واتفقوا على أن تخصيص بعضهم بالهبة مكروه».
«حاشية ابن عابدين» (٣/ ٤٢٢)، «القوانين الفقهية» (ص٣٧٢)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٠١)، «الإنصاف» (٧/ ١٣٦).

جَازَ. وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ[1]: لَا يَجُوزُ التَّفْضِيلُ؛ فَضْلًا عَنْ أَنْ يَهَبَ بَعْضُهُم جَمِيعَ مَالِهِ، [أ/٤٤٣ظ] (وَقَالَ مَالِكٌ[2]: يَجُوزُ التَّفْضِيلُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَهَبَ بَعْضَهُمْ جَمِيعَ مَالِهِ)[3] دُونَ بَعْضٍ.

وَدَلِيلُ أَهْلِ الظَّاهِرِ:

حَدِيثُ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ، وَهُوَ حَدِيثٌ مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِ، [ب/٣٩٢و] وَإِنْ كَانَ قَدِ اخْتُلِفَ فِي أَلْفَاظِهِ، وَالْحَدِيثُ أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّ أَبَاهُ بَشِيرًا أَتَى بِهِ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غُلَامًا كَانَ لِي، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا؟** قَالَ: لَا.

قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **فَارْتَجِعْهُ**».

وَاتَّفَق مَالِكٌ[4]، وَالْبُخَارِيُّ[5]، وَمُسْلِمٌ[6] عَلَى هَذَا اللَّفْظِ.

قَالُوا: الِارْتِجَاعُ يَقْتَضِي بُطْلَانَ الْهِبَةِ.

وَفِي بَعْضِ أَلْفَاظِ رِوَايَاتِ هَذَا الْحَدِيثِ، «أَنَّهُ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**هَذَا جَوْرٌ**».

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ:

أَنَّ الْإِجْمَاعَ مُنْعَقِدٌ[7] أَنَّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَهَبَ فِي صِحَّتِهِ جَمِيعَ مَالِهِ (لِلْأَجَانِبِ دُونَ أَوْلَادِهِ، وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ لِلْأَجْنَبِيِّ فَهُوَ لِلْوَلَدِ أَحْرَى.

وَاحْتَجُّوا: بِحَدِيثِ أَبِي بَكْرٍ الْمَشْهُورِ أَنَّهُ كَانَ نَحلَ عَائِشَةَ جَذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا مِنْ مَالِ الْغَابَةِ، فَلَمَّا حضَرَتْهُ الْوَفَاةُ، قَالَ: وَاللهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنَ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غِنًى بَعْدِي مِنْكِ، وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكِ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكِ

---

(١) «المحلى» (٨/ ٤٠٩).

(٢) «القوانين الفقهية» (ص٣٧٢)، «الشرح الكبير» (٥/ ٥٠٥).

(٣) ما بين القوسين ليس في (م). (٤) (٢/ ٧٥١).

(٥) (برقم: ٢٥٨٦). (٦) (برقم: ١٦٢٣).

(٧) حكاه ابن حجر في «فتح الباري» (٥/ ٢١٥).

جَذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا فَلَوْ كُنْتِ جَذَذْتِيهِ وَاحْتَزْتِيهِ [م/٢٤٩ظ] كَانَ لَكِ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ.

قَالُوا: وَذَلِكَ الْحَدِيثُ الْمُرَادُ بِهِ النَّدْبُ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ: أَنَّ فِي بَعْضِ رِوَايَاتِهِ: «**أَلَسْتَ تُرِيدُ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي الْبِرِّ وَاللُّطْفِ سَوَاءً**؟ قَالَ: نَعَمْ، قال: **فَأَشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْرِي**»[1].

وَأَمَّا مَالِكٌ[2]:

فَإِنَّهُ رَأَى أَنَّ النَّهْيَ عَنْ أَنْ يَهَبَ الرَّجُلُ جَمِيعَ مَالِهِ)[3] لِوَاحِدٍ مِنْ وَلَدِهِ هُوَ أَحْرَى أَنْ يُحْمَلَ عَلَى الْوُجُوبِ، فَأَوْجَبَ عِنْدَهُ مَفْهُومُ الْحَدِيثِ النَّهْيَ عَنْ أَنْ يَخُصَّ الرَّجُلُ بَعْضَ أَوْلَادِهِ بِجَمِيعِ مَالِهِ.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ: مُعَارَضَةُ الْقِيَاسِ لِلَفْظِ النَّهْيِ.

(وَذَلِكَ: أَنَّ النَّهْيَ يَقْتَضِي عِنْدَ الْأَكْثَرِ بِصِيغَتِهِ التَّحْرِيمَ)[4]، كَمَا يَقْتَضِي الْأَمْرُ الْوُجُوبَ.

فَمَنْ ذَهَبَ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ الْقِيَاسِ والسَّمَاعِ: حَمَلَ الْحَدِيثَ عَلَى النَّدْبِ، أَوْ خَصَّصَ مفهومه فِي بَعْضِ الصُّوَرِ كَمَا فَعَلَ[5] مَالِكٌ.

وَلَا خِلَافَ عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِالْقِيَاسِ أَنَّهُ يَجُوزُ تَخْصِيصُ عُمُومِ السُّنَّةِ به.

وَكَذَلِكَ الْعُدُولُ بِهَا عَنْ ظَاهِرِهَا ـ أَعْنِي: أَنْ يُعْدَلَ بِلَفْظِ النَّهْيِ عَنْ مَفْهُومِ الْحَظْرِ إِلَى مَفْهُومِ الْكَرَاهِيَةِ.

وَأَمَّا أَهْلُ الظَّاهِرِ: فَلَمَّا لَمْ يَجُزْ عِنْدَهُمُ الْقِيَاسُ فِي الشَّرْعِ اعْتَمَدُوا ظَاهِرَ الْحَدِيثِ، وَقَالُوا بِتَحْرِيمِ التَّفْضِيلِ فِي الْهِبَةِ.

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٢٣).

(٢) «منح الجليل» (٨/ ١٨١).

(٣) ما بين القوسين من (م).

(٤) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

(٥) في (م): «قال».

٢٤٣٦ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي جَوَازِ هِبَةِ الْمُشَاعِ[(١)] (الغَيْرِ مَقْسُومِ)[(٢)]: فَقَالَ مَالِكٌ[(٣)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٤)]، وَأَحْمَدُ[(٥)]، وَأَبُو ثَوْرٍ[(٦)]: تَصِحُّ.
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٧)]: لَا تَصِحُّ.

---

(١) مكانها بياض في (م). (٢) من (م).

(٣) «القوانين الفقهية» (ص٣١٥)، «الخرشي» (٧/ ١٠٣)، «منح الجليل» (٤/ ٨٢).
قال ابن قدامة في «المغني» (٨/ ٢٤٩): «وإن وهب دهن سمسمه قبل عصره أو زيت زيتونه أو جفته لم يصح، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، ولا نعلم لهم مخالفًا».
قال ابن حزم في «المحلى» (٩/ ١١٦): «لا تجوز هبة إلا في موجود، معلوم معروف القدر والصفات والقيمة، وإلا فهي باطل مردودة».
قال العمراني في «البيان» (٨/ ١٢١): «وما لا يصح بيعه من المجهول، وما لا يُقدر على تسليمه، وما لم يتم ملكه عليه لا تصح هبته، لأنه عقد تمليك في حال الحياة فلم يصح فيما ذكرناه كالبيع».
قال الكاساني في «بدائع الصنائع» (٦/ ١١٩): «وأما ما يرجع إلى الموهوب فأنواع منها: أن يكون موجودًا وقت الهبة، فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد، بأن وهب ما يثمر نخله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية، والفرق أن الهبة تمليك للحال وتمليك المعدوم محال».
وقال ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣١/ ٢٧٠): «ومذهب مالك أرجح».

(٤) «الفروق»، للقرافي (٣/ ١٧٥)، «القوانين الفقهية» (ص٢٤١)، «الكافي»، لابن عبد البر (ص٥٢٩)، «الذخيرة» (٦/ ٢٣٠)، «البيان»، للعمراني (٨/ ١٢٠)، «روضة الطالبين» (٥/ ٣٧٣)، «إعانة الطالبين» (٣/ ١٤٧).

(٥) «المغني» (٥/ ٣٨٣)، «الإنصاف» (٧/ ١٣١)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٤٣٣)، «كشاف القناع» (٤/ ٣٠٥)، «مطالب أولي النهى» (٤/ ٣٨٨).

(٦) «التمهيد» (٧/ ٢٣٨).

(٧) على خلاف بينهم هل هي هبة فاسدة، أو غير تامة.
ورجَّح السرخسي والعيني وابن عابدين الثاني.
قال الكرابيسي في الفروق: «وهبة المشاع لا تجوز فيما يقسم، وتجوز فيما لا يقسم».
وفي حاشية ابن عابدين: «وقع الاختلاف في هبة المشاع المحتمل للقسمة، هل هي فاسدة أو غير تامة؟ والأصح كما في البناية أنها غير تامة». =

وَعُمْدَةُ الْجَمَاعَةِ: أَنَّ الْقَبْضَ فِيهَا يَصِحُّ كَالْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ.

وَعُمْدَةُ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْقَبْضَ فِيهَا لَا يَصِحُّ إِلَّا مُفْرَدَةً كَالرَّهْنِ.

[٢٤٣٦/ب] وَلَا **خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ**(١) فِي جَوَازِ هِبَةِ الْمَجْهُولِ وَالْمَعْدُومِ الْمُتَوَقَّعِ الْوُجُودِ.

وَبِالْجُمْلَةِ:

كُلُّ مَا لَا يَصِحُّ (بَيْعُهُ فِي الشَّرْعِ مِنْ جِهَةِ الْغَرَرِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٢): مَا جَازَ بَيْعُهُ جَازَتْ هِبَتُهُ كَالدَّيْنِ.

وَمَا لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ لَمْ تَجُزْ هِبَتُهُ، وَكُلُّ مَا لَا يَصِحُّ)(٣) قَبْضُهُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، لَا تَصِحُّ هِبَتُهُ كَالدَّيْنِ وَالرَّهْنِ.

= «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٣)، «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٤٩ ـ ٥٠)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٩٣)، «العناية شرح الهداية» (٩/ ٢٧)، «البناية»، للعيني (١٠/ ١٦٩)، «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٦٩٠)، «المبسوط» (١٢/ ٥٠)، «الفروق» (٢/ ١٥٠)، «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٦٩٠).

(١) «القوانين الفقهية» (ص٣١٥).

(٢) وهو مذهب الجمهور:
«بدائع الصنائع» (٦/ ١١٩)، «الفتاوى الهندية» (٤/ ٣٧٤)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٩٤)، «العناية شرح الهداية» (٩/ ٣١)، «مجمع الأنهر» (٢/ ٣٥٦)، «حاشية البجيرمي على الخطيب» (٣/ ٢٦٢)، «إعانة الطالبين» (٣/ ٢٣٧)، «الإنصاف» (٧/ ١٣٣)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٤٢٩)، «كشاف القناع» (٤/ ٢٩٨)، «مطالب أولي النهى» (٤/ ٣٧٧).
وتكلم الشافعية عن الضابط فيما تصح هبته، قال النووي في الروضة (٥/ ٣٧٣): **الركن الرابع**: الموهوب، فما جاز بيعه جازت هبته...».
ولا شك أن المعدوم لا يصح بيعه عندهم بالاتفاق كما نقلت ذلك عنهم في عقد البيع.
قال الشيرازي في «المهذب» (١/ ٢٦٢): «ولا يجوز بيع المعدوم، كالثمرة التي لم تخلق..».
وقال النووي في «المجموع» (٩/ ٣١٠): «بيع المعدوم باطل بالإجماع..».

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

وَأَمَّا الْهِبَةُ: فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِيجَابِ فِيهَا وَالْقَبُولِ عِنْدَ الْجَمِيعِ.

وَمِنْ شَرْطِ الْمَوْهُوبِ لَهُ [أ/ ٤٤٤و] أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَصِحُّ قَبُولُهُ وَقَبْضُهُ.

وَأَمَّا الشُّرُوطُ:

فَأَشْهَرُهَا الْقَبْضُ.

٢٤٣٧ أَعْنِي: أَنَّ الْعُلَمَاءَ **اخْتَلَفُوا** هَلِ الْقَبْضُ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ أَمْ لَا؟

فَاتَّفَقَ الثَّوْرِيُّ(١)، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٢) [ب/ ٣٩٢ظ] أَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الْهِبَةِ الْقَبْضَ، وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُقْبَضْ لَمْ يَلْزَمِ الْوَاهِبَ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٠٤).

(٢) قال الحنفية: الهبة لا تُملك إلا بالقبض، وقال الشافعية والحنابلة في المشهور: لا تلزم ولا تملك إلا بالقبض.

والفرق بين قول الحنفية وبين قول الشافعية والحنابلة: أن الحنفية يرون أن الهبة وإن مُلكت بالقبض، فإن لصاحبها أن يرجع فيها، لهذا لا يعبرون باللزوم، وإنما يقولون: لا تملك إلا بالقبض.

وأما الشافعية والحنابلة فلا يرون أن لصاحبها حق الرجوع فيها إذا قُبضت، لهذا يعبرون بقولهم: لا تلزم، ولا تُملك إلا بالقبض.

قال الزيلعي: «وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك».

وجاء في «البحر الرائق»: «لا بد من القبض فيها لثبوت الملك».

وفي حاشية ابن عابدين: «قوله: (أن يكون مقبوضًا) فلا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض كما قدمنا.

وفي الزيلعي: وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك؛ إذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق».

وجاء في «مغني المحتاج»: «ولا يملك موهوب بالهبة الصحيحة... إلا بقبض، فلا يملك بالعقد».

وجاء في «إعانة الطالبين»: «ظاهره أن الهبة تملك بالعقد، ولا تلزم إلا بالقبض، وليس كذلك، بل لا تملك، ولا تلزم إلا بالقبض».

وجاء في المحرر: «ولا تلزم الهبة ولا تملك إلا مقبوضة بإذن الواهب». =

وَقَالَ مَالِكٌ[١]: يَنْعَقِدُ بِالْقَبُولِ وَيُجْبَرُ عَلَى الْقَبْضِ كَالْبَيْعِ سَوَاءً، فَإِنْ تَأَنَّى الْمَوْهُوبُ لَهُ عَنْ طَلَبِ الْقَبْضِ حَتَّى أَفْلَسَ الْوَاهِبُ أَوْ مَرِضَ بَطَلَتِ الْهِبَةُ.

وَلَهُ إِذَا بَاعَ تَفْصِيلٌ:

(إِنْ عَلِمَ فَتَوَانَى)[٢] لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا الثَّمَنُ.

وَإِنْ قَامَ فِي الْفَوْرِ كَانَ لَهُ الْمَوْهُوبُ.

فَمَالِكٌ: الْقَبْضُ عِنْدَهُ مِنْ شُرُوطِ التَّمَامِ، لَا مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ.

وَهُوَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، وَأَبِي حَنِيفَةَ مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ.

وَقَالَ أَحْمَدُ[٣]، وَأَبُو ثَوْرٍ[٤]: تَصِحُّ الْهِبَةُ بِالْعَقْدِ، وَلَيْسَ الْقَبْضُ مِنْ شُرُوطِهَا أَصْلًا، لَا شَرْط تَمَامٍ وَلَا شَرْط صِحَّةٍ، وَهُوَ قَوْلُ أَهْلِ الظَّاهِرِ[٥].

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ[٦] أَنَّ الْقَبْضَ مِنْ شُرُوطِهَا فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ.

فَعُمْدَةُ مَنْ لَمْ يَشْتَرِطِ الْقَبْضَ فِي الْهِبَةِ:

تَشْبِيهًا[٧] بِالْبَيْعِ، وَأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْعُقُودِ أَنْ لَا قَبْضَ مُشْتَرَطٌ فِي صِحَّتِهَا حَتَّى يَقُومَ الدَّلِيلُ عَلَى اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ.

= وفي «الإنصاف»: «قال في الكبرى: تلزم الهبة، وتملك بالقبض إن اعتبر. وهو المذهب عند ابن أبي موسى، وغيره».
«تبيين الحقائق» (٥/ ٩١)، «البحر الرائق» (٧/ ٢٨٥)، «حاشية ابن عابدين» (٨/ ٤٢٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤٠٠)، «إعانة الطالبين» (٣/ ١٧٤)، «المحرر» (١/ ٣٧٤)، «الإنصاف» (٧/ ١٢٠).

(١) «الذخيرة» (٦/ ٢٥٥)، «الشرح الكبير» (٤/ ١٠١)، «التاج والإكليل» (٦/ ٥٤)، «الخرشي» (٧/ ١٠٥)، «منح الجليل» (٥/ ٤٦١)، «مواهب الجليل» (٦/ ٥٤).

(٢) ليست في (م).

(٣) «الإنصاف» (٧/ ١٢٢).

(٤) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٠٤).

(٥) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٠٤)، «المحلى» (٨/ ٤٢٣).

(٦) «الإنصاف» (٧/ ١٢٢).

(٧) هي مفعول لفعل مقدر يناسب المقام.

وَعُمْدَةُ مَنِ اشْتَرَطَ الْقَبْضَ:

أَنَّ ذَلِكَ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ[(١)] رضي الله عنه فِي حَدِيثِ هِبَتِهِ لِعَائِشَةَ الْمُتَقَدِّمِ.

وَهُوَ نَصٌّ فِي اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ فِي صِحَّةِ الْهِبَةِ.

وَمَا رَوَى مَالِكٌ[(٢)] عَنْ عُمَرَ أَيْضًا أَنَّهُ قَالَ: مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نُحْلًا ثُمَّ يُمْسِكُونَهَا، فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحَدِهِمْ قَالَ: مَالِي بِيَدِي لَمْ أُعْطِهِ أَحَدًا، وَإِنْ مَاتَ هُوَ قَالَ هُوَ[(٣)] لِابْنِي قَدْ كُنْتُ أَعْطَيْتُهُ إِيَّاهُ.

فَمَنْ نَحَلَ نِحْلَةً فَلَمْ يُجِزْهَا الَّذِي نَحَلَهَا[(٤)] حَتَّى تَكُونَ إِنْ مَاتَ لِوَرَثَتِهِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ.

وَهُوَ قَوْلُ عَلِيٍّ، قَالُوا: وَهُوَ إِجْمَاعٌ مِنَ الصَّحَابَةِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ عَنْهُمْ فِي ذَلِكَ خِلَافٌ.

وَأَمَّا مَالِكٌ:

فَاعْتَمَدَ [م/ ٢٥٠و] الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا - أَعْنِي: الْقِيَاسَ، وَمَا رُوِيَ عَنِ الصَّحَابَةِ - وَجَمَعَ بَيْنَهُمَا.

فَمِنْ حَيْثُ هِيَ عَقْدٌ مِنَ الْعُقُودِ: لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ شَرْطًا مِنْ شُرُوطِ صِحَّتِهَا الْقَبْضُ، وَمِنْ حَيْثُ شَرَطَتِ [أ/ ٤٤٤ظ] الصَّحَابَةُ فِيهَا[(٥)] الْقَبْضَ؛ لِسَدِّ الذَّرِيعَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عُمَرُ: جُعِلَ الْقَبْضُ مِنْ شَرْطِ[(٦)] التَّمَامِ، أو مِنْ حَقِّ الْمَوْهُوبِ، وَأَنَّهُ إِنْ تَرَاخَى حَتَّى يَفُوتَ الْقَبْضُ بِمَرَضٍ أَوْ إِفْلَاسٍ عَلَى الْوَاهِبِ سَقَطَ حَقُّهُ.

٢٤٣٨ وَجُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ عَلَى أَنَّ الْأَبَ يَحُوزُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ الَّذِي فِي وِلَايَةِ نَظَرِهِ، وَلِلْكَبِيرِ السَّفِيهِ مَا وَهَبَهُ له، كَمَا يَحُوزُ لَهُمَا مَا وَهَبَهُ [ب/ ٣٩٣و] غَيْرُهُ، وَأَنَّهُ يَكْفِي فِي الْحِيَازَةِ لَهُ إِشْهَادُهُ بِالْهِبَةِ وَالْإِعْلَانُ بِذَلِكَ، وَذَلِكَ كُلُّهُ فِيمَا

---

(١) «الاستذكار» (٢٢/ ٣٠٦).

(٢) «الموطأ» (٢/ ٧٥٣).

(٣) من (م).

(٤) زاد في المطبوع: «لِلْمَنْحُولِ لَهُ وَأَبْقَاهَا».

(٥) في (م): «فيه».

(٦) في (م): «شروط».

عَدَا الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَفِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ[١].

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ عِنْدَهُمْ:

مَا رَوَاهُ مَالِكٌ[٢]، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ: أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَالَ: مَنْ نَحَلَ وَلَدًا لَهُ صَغِيرًا لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يَحُوزَ نِحْلَتَهُ فَأَعْلَنَ ذَلِكَ وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ فَهِيَ حِيَازَةٌ وَإِنْ وَلِيَهَا.

وَقَالَ مَالِكٌ وَأَصْحَابُهُ[٣]: لَا بُدَّ مِنَ الْحِيَازَةِ فِي الْمَسْكُونِ وَالْمَلْبُوسِ.

(فَإِنْ كَانَتْ دَارًا سَكَنَ فِيهَا خَرَجَ مِنْهَا.

وَكَذَلِكَ الْمَلْبُوسُ)[٤] إِنْ لَبِسَهُ بَطَلَتِ الْهِبَةُ.

وَقَالُوا فِي سَائِرِ الْعُرُوضِ بِمِثْلِ قَوْلِ الْفُقَهَاءِ ـ أَعْنِي: أَنَّهُ يَكْفِي فِي ذَلِكَ إِعْلَانُهُ وَإِشْهَادُهُ.

٢٤٣٩ وَأَمَّا الذَّهَبُ وَالْوَرِقُ:

فَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِيهِ عَنْ مَالِكٍ[٥]:

فَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يُخْرِجَهُ الْأَبُ عَنْ يَدِهِ إِلَى يَدِ غَيْرِهِ.

وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ يَجُوزُ[٦] إِذَا جَعَلَهَا فِي ظَرْفٍ أَوْ إِنَاءٍ وَخَتَمَ عَلَيْهَا بِخَاتَمٍ وَأَشْهَدَ عَلَى ذَلِكَ الشُّهُودَ.

---

(١) قال ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٥٧): «واتفقوا على أنه يقبض للطفل الصغير أبوه أو وليه».
وقال ابن قدامة «المغني» (٨/ ٢٥٢ ـ ٢٥٣): «ويقبض للطفل أبوه، أو وصيه، أو الحاكم، أو أمينه بأمره.. ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء.. وهذا مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه خلافًا».

(٢) «الموطأ» (٢/ ٧٥٤). (٣) «الجامع لمسائل المدونة» (١٩/ ٦٦٢).

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٥) «الجامع لمسائل المدونة» (١٩/ ٦٦٢).

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لا يجوز».

[٢٤٣٩/أ] وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَصْحَابِ مَالِكٍ[١]: أَنَّ الْوَصِيَّ يَقُومُ فِي ذَلِكَ مَقَامَ الْأَبِ.

[٢٤٣٩/ب] وَاخْتَلَفُوا فِي الْأُمِّ:

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[٢]: لَا تَقُومُ مَقَامَ الْأَبِ، وَرَوَاهُ عَنْ مَالِكٍ.

وَقَالَ غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِهِ: تَقُومُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٣].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٤]: الْجَدُّ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ، وَالْجَدَّةُ عِنْدَ ابْنِ وَهْبٍ[٥] ـ أُمُّ الْأُمِّ ـ تَقُومُ مَقَامَ الْأُمِّ، وَالْأُمُّ عِنْدَهُ تَقُومُ مَقَامَ الْأَبِ.

الْقَوْلُ فِي أَنْوَاعِ الْهِبَاتِ:

وَالْهِبَةُ مِنْهَا مَا هِيَ هِبَةُ عَيْنٍ، وَمِنْهَا مَا هِيَ هِبَةُ مَنْفَعَةٍ.

(١) وَهِبَةُ الْعَيْنِ:

(أ) مِنْهَا مَا يُقْصَدُ بِهَا الثَّوَابُ.

(ب) وَمِنْهَا مَا لَا يُقْصَدُ بِهَا الثَّوَابُ.

(أ) وَالَّتِي يُقْصَدُ بِهَا الثَّوَابُ:

مِنْهَا مَا يُقْصَدُ بِهَا وَجْهُ اللهِ، وَمِنْهَا مَا يُقْصَدُ بِهِ وَجْهُ الْمَخْلُوقِ.

(ب) فَأَمَّا الْهِبَةُ لِغَيْرِ الثَّوَابِ:

فَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهَا[٦].

---

(١) «التنبيهات» (٢/ ٥٦٧). (٢) «الجامع لمسائل المدونة» (٢١/ ٤٧٦).

(٣) «المبسوط» (٢٩/ ١٨٠)، «الاختيار لتعليل المختار» (٥/ ١٠١)، «حاشية رد المحتار» (٦/ ٧٧٠).

(٤) «الأم» (٧/ ١٣٧)، «مغني المحتاج» (٤/ ٩٧).

(٥) «المدونة» (٢/ ٢٦١).

(٦) قال المرغيناني في «الهداية» (٣/ ٢٥١): «الهبة عقد مشروع. وعلى ذلك انعقد الإجماع».
وقال الزيلعي في «تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق» (٥/ ٩١): «وهي مشروعة مندوب إليها بالإجماع».

=

وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي أَحْكَامِهَا.

٢٤٤٠ وَأَمَّا [أ/ ٤٤٥و] هِبَةُ الثَّوَابِ:

فَاخْتَلَفُوا فِيهَا:

فَأَجَازَهَا مَالِكٌ(١) وَأَبُو حَنِيفَةَ(٢).

وَمَنَعَهَا الشَّافِعِيُّ(٣)، وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ(٤)، وَأَبُو ثَوْرٍ(٥).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلْ هو بَيْعٌ مَجْهُولُ الثَّمَنِ، أَوْ لَيْسَ بَيْعًا مَجْهُولَ الثَّمَنِ؟

فَمَنْ رَآهُ بَيْعًا مَجْهُولَ الثَّمَنِ قَالَ: هُوَ مِنْ بُيُوعِ الْغَرَرِ الَّتِي لَا تَجُوزُ.

وَمَنْ لَمْ يَرَ أَنَّهَا بَيْعٌ مَجْهُولٌ، قَالَ: يَجُوزُ.

وَكَأَنَّ مَالِكًا جَعَلَ الْعُرْفَ فِيهَا بِمَنْزِلَةِ الشَّرْطِ وَهُوَ ثَوَابُ مِثْلِهَا.

[٢٤٤٠/...] وَلِذَلِكَ اخْتَلَفَ الْقَوْلُ عِنْدَهُمْ إِذَا لَمْ يَرْضَ الْوَاهِبُ بِالثَّوَابِ مَا الْحُكْمُ؟

فَقِيلَ: تَلْزَمُهُ الْهِبَةُ إِذَا أَعْطَاهُ الْمَوْهُوبُ الْقِيمَةَ.

= وقال الشربيني في «مغني المحتاج» (٢/ ٣٩٦): «وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها».

وقال البجيرمي (٣/ ٦٣٦): «انعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها، وقد يَعرض لها أسباب تخرجها عن ذلك».

(١) «التاج والإكليل» (٦/ ٦٧)، «منح الجليل» (٨/ ٢١٦)، «شرح الخرشي» (٧/ ١١٧).

(٢) «البحر الرائق» (٧/ ٢٩٦)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٣٢)، «حاشية ابن عابدين» (٨/ ٥٠٦)، «الفتاوى الهندية» (٤/ ٣٩٤).

(٣) «مغني المحتاج» (٢/ ٤٠٤ ـ ٤٠٥)، «نهاية المطلب» (٨/ ٤٣٦)، «الحاوي الكبير» (٧/ ٢٣٢)، «المهذب» (١/ ٤٤٧)، «حاشية الرَّملي» (٢/ ٤٧)، «الوسيط» (٤/ ٢٧٧)، «البيان في مذهب الإمام الشافعي» (٨/ ١٣٣).

(٤) «المحلى» (٨/ ٦٢).

(٥) «الاستذكار» (٢١/ ٢٧٢).

وَقِيلَ: لَا تَلْزَمُهُ إِلَّا أَنْ يُرْضِيَهُ، وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ[(١)]، عَلَى مَا سَيَأْتِي بَعْدُ.

فَإِذَا اشْتُرِطَ فِيهِ الرِّضَا: فَلَيْسَ هُنَالِكَ بَيْعٌ انْعَقَدَ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ.

فَأَمَّا إِذَا أُلْزِمَ الْقِيمَةَ: فَهُنَالِكَ بَيْعٌ انْعَقَدَ.

وَإِنَّمَا يَحْمِلُ مَالِكٌ [ب/٣٩٣ظ] الْهِبَةَ عَلَى الثَّوَابِ إِذَا اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ، إِذَا دَلَّتْ قَرِينَةُ الْحَالِ عَلَى ذَلِكَ مِثْلَ أَنْ يَهَبَ الْفَقِيرُ لِلْغَنِيِّ، أَوْ لِمَنْ يَرَى أَنَّهُ إِنَّمَا قَصَدَ بِذَلِكَ الثَّوَابَ.

وَأَمَّا هِبَاتُ الْمَنَافِعِ:

فَمِنْهَا مُؤَجَّلَةٌ:

وَهَذِهِ تُسَمَّى عَارِيَةً وَمِنْحَةً وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا مَا يُشْتَرَطُ فِيهَا مَا بَقِيَتْ حَيَاةُ الْمَوْهُوبِ لَهُ[(٢)]:

وَهَذِهِ تُسَمَّى الْعُمْرَى، مِثْلَ أَنْ يَهَبَ رَجُلٌ رَجُلًا سُكْنَى دَارٍ حَيَاتَهُ.

٢٤٤١ وَهَذِهِ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِيهَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا:

أَنَّهَا هِبَةٌ [م/ ٢٥٠ظ] مَبْتُوتَةٌ: أَيْ أنها هِبَةٌ لِلرَّقَبَةِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[(٣)] وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٤)]، وَالثَّوْرِيُّ[(٥)]، وَأَحْمَدُ[(٦)] وَجَمَاعَةٌ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي:

أَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُعْمَرِ فِيهَا إِلَّا الْمَنْفَعَةُ.

---

(١) «الاستذكار» (٢١/ ٢٧٢). (٢) من (م).

(٣) «المهذب» (١/ ٤٤٨)، «الوسيط» (٤/ ٢٦٦)، «روضة الطالبين» (٥/ ٣٧٠).

(٤) «فتح القدير»، لابن همام (٩/ ٥٥)، «المبسوط» (١٢/ ٩٤)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١١٦).

(٥) «المغني» (٥/ ٣٩٩).

(٦) «الإنصاف» (٧/ ١٣٤)، «المغني» (٥/ ٣٩٩)، «كشاف القناع» (٤/ ٣٠٧)، «مطالب أولي النهى» (٤/ ٣٩٨)، «الفروع» (٤/ ٦٤٠).

فَإِذَا مَاتَ عَادَتِ الرَّقَبَةُ لِلْمُعْمِرِ أَوْ لِوَرَثَتِهِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[١] وَأَصْحَابُهُ.

وَعِنْدَهُ أَنَّهُ إِنْ ذَكَرَ الْعَقِبَ عَادَتْ إِذَا انْقَطَعَ الْعَقِبُ إِلَى الْمُعْمِرِ أَوْ إِلَى وَرَثَتِهِ.

وَالْقَوْلُ الثَّالِثُ:

أَنَّهُ إِذَا قَالَ: هِيَ عُمْرَى لَكَ وَلِعَقِبِكَ كَانَتِ الرَّقَبَةُ مِلْكًا لِلْمُعْمَرِ، فَإِذَا لَمْ يُذْكَرِ الْعَقِبُ عَادَتِ الرَّقَبَةُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُعْمَرِ لِلْمُعْمِرِ أَوْ لِوَرَثَتِهِ.

وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ[٢]، وَأَبُو ثَوْرٍ[٣].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ فِي هَذَا الْبَابِ اخْتِلَافُ الْآثَارِ، وَمُعَارَضَةُ الشَّرْطِ وَالْعَمَلِ لِلْأَثَرِ.

أَمَّا الْأَثَرُ:

فَفِي ذَلِكَ حَدِيثَانِ:

أَحَدُهُمَا: مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِ[٤].

وَهُوَ مَا رَوَاهُ مَالِكٌ[٥]، عَنْ جَابِرٍ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ [أ/٤٤٥ظ] قَالَ: «**أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي يُعْطَاهَا، لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا أَبَدًا؛ لِأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ**».

وَالْحَدِيثُ الثَّانِي:

حَدِيثُ أَبِي الزُّبَيْرِ، عَنْ جَابِرٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**يَا مَعْشَرَ الْأَنْصَارِ أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ وَلَا تُعْمِرُوهَا، فَمَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا حَيَاتَهُ فَهُوَ لَهُ حَيَاتَهُ وَمَمَاتَهُ**»[٦].

---

(١) «الذخيرة» (٦/ ٢١٦)، «القوانين الفقهية» (ص٢٤٥)، «الخرشي» (٧/ ١١١)، «الشرح الكبير» (٤/ ١٠٨)، «الشرح الصغير» (٤/ ١٦٠)، «منح الجليل» (٨/ ٢٠١ ـ ٢٠٢)، «التاج والإكليل» (٦/ ٦١).

(٢) «المحلى» (٨/ ١٣٣).

(٣) «المغني» (٥/ ٣٩٩).

(٤) البخاري (٢٦٢٥)، ومسلم (١٦٢٥).

(٥) في «الموطأ» (٢/ ٧٥٦).

(٦) مسلم (١٦٢٥).

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ بِلَفْظٍ آخَرَ: «**لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِبُوا، فَمَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا أَوْ أُرْقِبَهُ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ**»[١].

فَحَدِيثُ أَبِي الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرٍ مُخَالِفٌ لِشَرْطِ الْمُعْمِرِ.

وَحَدِيثُ مَالِكٍ عَنْهُ مُخَالِفٌ أَيْضًا لِشَرْطِ الْمُعْمِرِ؛ إِلَّا أَنَّهُ يُخَيَّلُ[٢] أَنَّهُ أَقَلُّ فِي الْمُخَالَفَةِ، وَذَلِكَ أَنَّ ذِكْرَ الْعَقِبِ يُوهِمُ تَثْبِيتَ[٣] الْعَطِيَّةِ.

فَمَنْ غَلَّبَ الْحَدِيثَ عَلَى الشَّرْطِ: قَالَ بِحَدِيثِ أَبِي الزُّبَيْرِ، عَنْ جَابِرٍ.

وَمَنْ غَلَّبَ الشَّرْطَ قَالَ بِقَوْلِ مَالِكٍ.

وَأَمَّا مَنْ قَالَ: إِنَّ الْعُمْرَى تَعُودُ إِلَى الْمُعْمِرِ إِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْعَقِبَ، وَلَا تَعُودُ إِنْ ذَكَرَ، فَإِنَّهُ أَخَذَ بِظَاهِرِ الْحَدِيثِ.

وَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرٍ: فَمُخْتَلَفٌ فِيهِ - أَعْنِي: رِوَايَةَ أَبِي الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرٍ[٤].

---

(١) أخرجه الشافعي في «الأم» (٢/ ١٦٨)، والحميدي (١٢٩٠)، وأبو داود (٣٥٥٦)، والنسائي (٦/ ٢٧٣)، والطحاوي (٤/ ٩٣)، وابن حبان (٥١٢٧)، والبيهقي (٦/ ١٧٥)، والبغوي (٢١٩٨) من طريق ابن جريج، والنسائي (٦/ ٢٧٢ - ٢٧٣) من طريق مالك بن دينار، والطبراني في «الكبير» (١٧٤٧) من طريق يعقوب بن عطاء، ثلاثتهم عن عطاء، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ مرفوعًا به.

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يحمل».

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «سبب».

(٤) يعني: أبا الزبير المكي محمد بن مسلم بن تدرس، وهو مشهورٌ بالتدليس.
وقد توقف جماعةٌ من الأئمة عن الاحتجاج بما لم يروه الليث عنه، وإنما خصوا الليث؛ لأنه أعْلَمه بما سمعه من جابر. ينظر: «المدلسين»، للعراقي: (ترجمة: ٥٩).
قلت: ولكن لا يتأتى هذا الخلاف هنا، لأنَّ رواية أبي الزبير عن جابر في هذا الحديث، جاءت في صحيح مسلم.
وهي محمولةٌ - على التحقيق - على أنه ثبت لدى الإمام مسلم سماع أبي الزبير تلك الأحاديث؛ من طرق أخرى، لكنه رواها من طريق العنعنة لنكتة لديه من علو ونحوه، كما هو مقرّر في بابه.

[٢٤٤١/أ] وَأَمَّا إِذَا أَتَى بِلَفْظِ الْإِسْكَانِ، فَقَالَ: أَسْكَنْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ حَيَاتَكَ:

فَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ [ب/٣٩٤و] الْإِسْكَانَ عِنْدَهُمْ، أَوِ الْإِخْدَامَ بِخِلَافِ الْعُمْرَى وَإِنْ لَفَظَ بِالْعَقِبِ، فَسَوَّى مَالِكٌ بَيْنَ الْإِسْكَانِ والتَّعْمِيرِ.

(وَكَانَ الْحَسَنُ، وَعَطَاءٌ[١]، وَقَتَادَةُ[٢] يُسَوُّونَ بَيْنَ السُّكْنَى وَالتَّعْمِيرِ؛ فِي أَنَّهَا لَا تَنْصَرِفُ إِلَى الْمَسْكَنِ أَبَدًا عَلَى قَوْلِ الْجُمْهُورِ فِي الْعُمْرَى.

[٢٤٤١/ب] وَالْحَقُّ[٣]: أَنَّ الْإِسْكَانَ وَالتَّعْمِيرَ مَعْنَى)[٤]، الْمَفْهُوم مِنْهُمَا وَاحِدٌ، وَأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ إِذَا صَرَّحَ بِالْعَقِبِ مُخَالِفًا لَهُ إِذَا لَمْ يُصَرِّحْ بِذِكْرِ[٥] الْعَقِبِ عَلَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ أَهْلُ الظَّاهِرِ.

الْقَوْلُ فِي الْأَحْكَامِ:

وَمِنْ مَسَائِلِهِمُ الْمَشْهُورَةِ فِي هَذَا الْبَابِ:

٢٤٤٢ جَوَازُ الِاعْتِصَارِ[٦] فِي الْهِبَةِ - وَهُوَ الرُّجُوعُ فِيهَا:

فَذَهَبَ مَالِكٌ[٧] وَجُمْهُورُ عُلَمَاءِ[٨] الْمَدِينَةِ: أَنَّ لِلْأَبِ أَنْ يَعْتَصِرَ مَا وَهَبَهُ لِابْنِهِ مَا لَمْ يَتَزَوَّجِ الِابْنُ، أَوْ لَمْ يَسْتَحْدِثْ دَيْنًا، أَوْ بِالْجُمْلَةِ مَا لَمْ يَتَرَتَّبْ عَلَيْهِ حَقُّ الْغَيْرِ، وَأَنَّ لِلْأُمِّ أَيْضًا أَنْ تَعْتَصِرَ مَا وَهَبَتْ إِنْ كَانَ الْأَبُ حَيًّا.

وَقَدْ رُوِيَ [أ/٤٤٦و] عَنْ مَالِكٍ[٩] أَنَّهَا لَا تَعْتَصِرُ.

---

(١) «المغني» (٥/ ٤٠١). (٢) «المغني» (٥/ ٤٠١).

(٣) تأمل ترجيح المصنف لمذهب الظاهرية في المسألة.

(٤) ما بين القوسين مكانه بياض في (م). (٥) في (م): «بلفظ».

(٦) الاعتصار: ارتجاع المُعْطِي - بكسر الطاء - عطيةً دونَ عِوَض، لا بِطَوع المعطَى. «حدود ابن عرفة» (٢/ ٥٥٩).

(٧) «الخرشي (٧/ ١١٤)، «التاج والإكليل» (٦/ ٦٣)، «الفواكه الدواني» (٢/ ١٥٥)، «منح الجليل» (٨/ ٢٠٥)، «القوانين الفقهية» (ص٢٤٢)، «الذخيرة» (٦/ ٢٦٦).

(٨) في (م): «أهل».

(٩) «الجامع لمسائل المدونة» (١٩/ ٦٢٠).

وَقَالَ أَحْمَدُ[١]، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ[٢]: لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَعْتَصِرَ مَا وَهَبَهُ.

(وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٣]: يَجُوزُ لِكُلِّ أَحَدٍ أَنْ يَعْتَصِرَ مَا وَهَبَهُ)[٤] إِلَّا مَا وَهَبَ لِذِي رَحِمٍ مُحَرَّمَةٍ.

٢٤٤٣ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الْهِبَةَ الَّتِي يُرَادُ بِهَا الصَّدَقَةُ ـ أَيْ: وَجْهُ اللهِ ـ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ الرُّجُوعُ فِيهَا[٥].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ فِي هَذَا الْبَابِ: تَعَارُضُ الْآثَارِ.

فَمَنْ لَمْ يَرَ الِاعْتِصَارَ أَصْلًا:

احْتَجَّ بِعُمُومِ الْحَدِيثِ الثَّابِتِ، وَهُوَ قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ**»[٦].

[٢٤٤٣/أ] وَمَنِ اسْتَثْنَى الْأَبَوَيْنِ احْتَجَّ بِحَدِيثِ طَاوُسٍ أَنَّهُ قَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ إِلَّا الْوَالِدُ**»[٧].

---

(١) «الإنصاف» (٧/ ١٤٥).
(٢) «المحلى» (٨/ ١٤٤).
(٣) «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٦٩٦).
(٤) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٥) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٢/ ٣١١)، وابن قدامة فِي «المغني» (٨/ ٢٧٩)، وابن حجر في «فتح الباري» (٥/ ٢٣٥).
(٦) أخرجه البخاري (٢٥٨٩)، ومسلم (١٦٢٢).
(٧) أخرجه الشافعي في «اختلاف الحديث» (ص٥١٩)، «المسند» (٥٨٤) ـ ومن طريقه: البيهقي (٦/ ١٧٩) ـ عن مسلم بن خالد، عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ، عَنِ الْحَسَنِ بن مسلم، عن طاوس مرسلًا.
قال البيهقي: «هذا منقطع وقد روِّيناه موصولًا».
وقال ابن أبي حاتم في «العلل» (٨١٦): «وسألتُ أَبِي عَنْ حديثٍ رَوَاهُ أَبُو عُبَيدة السَّقَطي، عَنِ الأَنْصَارِيِّ، عَنِ ابنِ جُرَيج، عَنِ الحَسَن بْنِ مُسْلِم، عَنْ طاوُس، عَنِ ابن عبَّاس، عن النبيِّ ﷺ قَالَ: **مَنْ وَهَبَ هِبَةً ثُمَّ عَادَ فِيهَا، فَهُوَ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ**؟ فسمعتُ أَبِي يَقُولُ: لَيْسَ هَكَذَا يُروى؛ إِنَّمَا يَرويه: «عن طاوُس: أنَّ النبيَّ ﷺ»، مُرسَلًا، وَلا أعلَمُ أَحَدًا تَابعَ هَذِهِ الرِّواية مِنْ حديثِ الْحَسَنِ بن مسلم، مرفوعًا موصولًا».

وَقَاسَ الْأُمَّ عَلَى الْوَالِدِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَوِ اتَّصَلَ حَدِيثُ طَاوُسٍ لَقُلْتُ بِهِ.

وَقَالَ غَيْرُهُ: قَدِ اتَّصَلَ مِنْ [م/٢٥١و] طَرِيقِ حُسَيْنٍ الْمُعَلِّمِ، وَهُوَ ثِقَةٌ(١).

وَأَمَّا مَنْ أَجَازَ الِاعْتِصَارَ إِلَّا لِذَوِي الرَّحِمِ الْمُحَرَّمَةِ:

فَاحْتَجَّ بِمَا رَوَاهُ مَالِكٌ(٢)، عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ أَوْ عَلَى جِهَةِ صَدَقَةٍ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا. وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً يَرَى أَنَّهُ إِنَّمَا أَرَادَ الثَّوَابَ بِهَا فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يُرْضَ مِنْهَا.

قَالُوا: وَأَيْضًا، فَإِنَّ الْأَصْلَ أَنَّ مَنْ وَهَبَ شَيْئًا من غَيْرِ عِوَضٍ أَنَّهُ لَا يَقْضِي عَلَيْهِ بِهِ كَمَا لَوْ وَعَدَ، إِلَّا مَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ مِنَ الْهِبَةِ عَلَى وَجْهِ الصَّدَقَةِ(٣).

[٢٤٤٣/ب] وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّ مَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ فَمَاتَ الِابْنُ بَعْدَ(٤) أَنْ حَازَهَا، فَإِنَّهُ يَرِثُهَا.

وَفِي مُرْسَلَاتِ مَالِكٍ(٥): «أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ مِنَ الْخَزْرَجِ تَصَدَّقَ عَلَى أَبَوَيْهِ بِصَدَقَةٍ فَهَلَكَا، فَوَرِثَ ابْنُهُمَا الْمَالَ وَهُوَ نَخْلٌ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فَقَالَ: «**قَدْ** [ب/٣٩٤ظ] **أُجِرْتَ**(٦) **فِي صَدَقَتِكَ، وَخُذْهَا بِمِيرَاثِكَ**».

وَخَرَّجَ أَبُو دَاوُدَ(٧)، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ بُرَيْدَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ امْرَأَةٍ أَتَتْ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَقَالَتْ: «كُنْتُ قَدْ تَصَدَّقْتُ عَلَى أُمِّي بِوَلِيدَةٍ، وَإِنَّهَا مَاتَتْ وَتَرَكَتْ تِلْكَ الْوَلِيدَةَ، فَقَالَ ﷺ: **وَجَبَ أَجْرُكِ وَرَجَعَتْ إِلَيْكِ بِالْمِيرَاثِ**»(٨).

---

(١) «الاستذكار» (٢٢/ ٣١٢).

(٢) في «الموطأ» (٢١٩٥).

(٣) وحكى الإجماعَ على ذلك: قدامة فِي «المغني» (٨/ ٢٧٩).

(٤) في (م): «قبل».

(٥) في «الموطأ» (٢/ ٥٨٢) بلاغًا. قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ٢٥٨): «روي هذا الحديث من وجوه عن النبي ﷺ بمعنًى واحد».

(٦) في (أ): «أجرته».

(٧) (برقم: ٣٣٠٩).

(٨) أخرجه مسلم (١١٤٩).

وَقَالَ (فِرْقَةٌ مِنْ)[1] أَهْلِ الظَّاهِرِ: لَا يَجُوزُ الِاعْتِصَارُ لِأَحَدٍ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ لِعُمَرَ: «**لَا تَشْتَرِهِ**، فِي الْفَرَسِ الَّذِي تَصَدَّقَ بِهِ، **فَإِنَّ الْعَائِدَ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ** [أ/٤٤٦ظ] **فِي قَيْئِهِ**»، وَالْحَدِيثُ مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِ[2].

وَالرُّجُوعُ فِي الْهِبَةِ لَيْسَ مِنْ مَحَاسِنِ الْخُلُقِ، وإِنَّمَا بُعِثَ الشَّارِعُ ﷺ لِيُتَمِّمَ مَحَاسِنَ الْأَخْلَاقِ، كَمَا رُوِيَ[3].

وَهَذَا كَافٍ فِي هَذَا الْبَابِ. (تَمَّ)[4]

۞ ۞ ۞

---

(١) ليست في (م).

(٢) تقدم.

(٣) رواه الطبراني (٢٠/ ٦٥)، والبيهقي في «الشعب» (٧٦١١)، من حديث معاذ رضي الله عنه مرفوعًا: «**وإنما بُعثت على تمام محاسن الأخلاق**»، وفيه ضعفٌ.
وصحَّ بلفظ آخر، أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٢٧٣)، عن أبي هريرة، رضي الله عنه، مرفوعًا: «**إنما بُعثت لأتمم صالح الأخلاق**». والأمر قريب.

(٤) من (م).

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ

كِتَابُ الْوَصَايَا[١]

وَالنَّظَرُ فِيهَا يَنْقَسِمُ أَوَّلًا قِسْمَيْنِ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ:

(فِي النَّظَرِ)[٢] فِي الْأَرْكَانِ.

وَالثَّانِي:

فِي الْأَحْكَامِ.

وَنَحْنُ فَإِنَّمَا نَتَكَلَّمُ مِنْ هَذِهِ فِيمَا وَقَعَ فِيهَا مِنَ الْمَسَائِلِ الْمَشْهُورَةِ.

الْقَوْلُ فِي الْأَرْكَانِ:

وَالْأَرْكَانُ أَرْبَعَةٌ:

الْمُوصِي، وَالْمُوصَى لَهُ، وَالْمُوصَى بِهِ، وَالْوَصِيَّةُ.

(١) أَمَّا الْمُوصِي:

٢٤٤٤ فإنهم **اتفقوا** عَلَى أَنَّهُ كُلُّ مَالِكٍ صَحِيحِ الْمِلْكِ[٣].

٢٤٤٥ وَيَصِحُّ عِنْدَ مَالِكٍ[٤] وَصِيَّةُ السَّفِيهِ، وَالصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ الْقُرَبَ.

---

(١) جمع وصيّة، وهي: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان عينًا أم منفعة.
ينظر: «حاشية ابن عابدين»: (٦/ ٦٤٨)، «مغني المحتاج» (٣/ ٣٩).

(٢) من (م).

(٣) وحكى الإجماعَ: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص١٩٢).

(٤) «الخرشي» (٨/ ١٦٨)، «منح الجليل» (٩/ ٥٠٤)، «التاج والإكليل» (٦/ ٣٤)، =

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١]: لَا تَجُوزُ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ.

وَعَنِ الشَّافِعِيِّ[٢] الْقَوْلَانِ.

وَكَذَلِكَ وَصِيَّةُ الْكَافِرِ:

تَصِحُّ عِنْدَهُمْ إِذَا لَمْ يُوصِ بِمُحَرَّمٍ.

(٢) وَأَمَّا الْمُوصَى لَهُ:

٢٤٤٦ فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَجُوزُ لِوَارِثٍ[٣]، لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: **«لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»**[٤].

= «الشرح الكبير» (٤/ ٤٢٢)، «مواهب الجليل» (٦/ ٣٦٤).
وهو مذهب الحنابلة: «الإنصاف» (٧/ ١٨٥ - ١٨٦)..

(١) «فتح القدير» (١٠/ ٤٣٥)، «البناية شرح الهداية» (١٣/ ٤٠٥)، «الهداية في شرح البداية» (٤/ ٥١٦)، «تبيين الحقائق» (٦/ ١٨٥)، «العناية شرح الهداية» (١٥/ ٤٣٥).

(٢) «الحاوي الكبير» (٨/ ١٨٩)، «نهاية المطلب» (١١/ ٢٩٨)، الوسيط» (٤/ ٤٠٣)، «البيان»، للعمراني (٨/ ١٦٠ - ١٦١)، وهو رواية عن أحمد: «المغني» (٦/ ١١٩)، «الإنصاف» (٧/ ١٨٦)، وبه قال ابن حزم: «المحلى»، مسألة (١٧٦٤).

(٣) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص١٠٠)، وابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٩٣)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٣/ ١٢)، وابن هبيرة فِي «الإفصاح» (٢/ ٧١)، وابن قدامة فِي «المغني» (٨/ ٣٩٨)، والقرطبي فِي «تفسيره» (٦/ ١٣٣)، والقرافي فِي «الذخيرة» (٧/ ٥).

(٤) أخرجه الشافعي في «الأم» (٥/ ٢٣٤) - ومن طريقه: البيهقي فِي «الكبرى» (٦/ ٢٦٤)، وفي «المعرفة» (٩/ ١٧٣) -، وسعيد بن منصور في «السُّنن» (١/ ١٢٥، رقم: ٤٢٥)، من طريق سفيان بن عيينة، عَنْ سُلَيمَانَ الأَحْوَلِ، عَنْ مُجَاهِدٍ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ... مرسلًا.
قال الحافظ: «هذا حديث مرسل صحيح الإسناد».
وأخرجه أبو داود (٢٨٧٠ و٣٥٦٥)، والترمذي (٢٢٠٣)، وابن ماجه (٢٧١٣)، وأحمد (٥/ ٢٦٧)، وابن أبي شيبة فِي «المصنف» (١١/ ١٤٩، رقم: ١٠٧٦٥)، وعبد الرزاق فِي «المصنف» (٤/ ١٤٨ - ١٤٩، رقم: ٧٢٧٧) و(٩/ ٤٨، رقم: ١٦٣٠٨)، وسعيد بن منصور (١/ ١٠٧، رقم: ٤٢٧)، والدولابي فِي «الكنى» (١/ ٦٤)، وابن عدي فِي «الكامل» (١/ ٢٩٠)، والطبراني فِي «الكبير» (٨/ ١٥٩ - ١٦٠، =

= رقم: ٧٦١٥)، والدارقطني (٣/ ٤٠ ـ ٤١، رقم: ١٦٦)، والبيهقي فِي «الكبرى» (٦/ ٢١٢، ٢٤٤، ٢٦٤)، وابن عبد البر فِي «التمهيد» (١/ ٢٣٠) من طريق إسماعيل بن عياش قَالَ: حدَّثني شُرَحْبيل بن مسلم الخَوْلاني، قال: سمعت أبا أمامة الباهلي يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع: **«ألا إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث...»** الحديث.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن».

قال الزيلعي فِي «نصب الراية» (٤/ ٤٠٣) عقب هذا الحديث: «قال أحمد والبخاري وجماعة من الحفاظ: ما رواه إسماعيل بن عياش عن الشاميين فصحيح، وما رواه عن الحجازيين فغير صحيح، وهذا رواه عن شامي ثقة».

وقال ابن حجر فِي «التلخيص» (٣/ ١٠٦): «هو حسن الإسناد».

وأخرجه ابن عدي (١/ ٢٠٢)، والدارقطني (٤/ ٩٧) من طريق سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن جابر مرفوعًا: **«لا وصية لوارث»**.

وخالفه:

سعيد بن منصور، كما في السُّنن (٤٢٦).

وعلي بن المديني، كما في «تاريخ الخطيب» (٦/ ٣٣٧).

قال الدارقطني: «الصواب مرسل».

وأخرجه الطبراني (٥٠٥٧)، وابن عدي (٦/ ٢٣٤٩) من طريق موسى بن عثمان الحضرمي، عن أبي إسحاق، عن زيد بن أرقم والبراء قالا: كنا مع النبي ﷺ يوم غدير خم ونحن نرفع غصن الشجرة عن رأسه فقال: **«إنّ الصدقة لا تحل لي ولا لأهل بيتي، لعن الله من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه، والولد للفراش وللعاهر الحجر، وليس لوارث وصية»**.

قال الترمذي في «العلل الكبير» (١/ ٤٥٨ ترتيبه): «سألت محمدًا عن هذا الحديث، فقال: يرويه عن أبي إسحاق موسى بن عثمان الحضرمي، وهو ذاهب الحديث».

وأخرجه الطبراني فِي «الكبير» (٤١٤٠)، من طريق عبد الملك بن قدامة الجمحي، عن أبيه، عن خارجة بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال يوم الفتح وأنا عند ناقته: **«ليس لوارث وصية قد أعطى الله ﷻ كل ذي حق حقه، وللعاهر الحجر، من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه صرفًا ولا عدلًا يوم القيامة»**. =

= قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢١٤): «وفيه عبد الملك بن قدامة الجمحي؛ وثقه ابن معين وضعفه الناس».
وأخرجه الحارث بن أبي أسامة في «مسنده»، كما فِي «نصب الراية» (٤/ ٤٠٥)، عن إسحاق بن عيسى بن نجيح الطباع، ثنا محمد بن جابر، عن عبد الله بن بدر: سمعت ابن عمر يقول: «قضى رسول الله ﷺ بالدين قبل الوصية، وأنْ لا وصية لوارث».
وأخرجه ابن ماجه (٢٣٩٩)، عن هشام بن عمار، عن محمد بن شعيب، عن عبد الرحمٰن بن يزيد بن جابر، عن سعيد بن أبي سعيد، عن أنس به.
قال ابن التركماني في «الجوهر النقي» (٦/ ٢٦٥): «وهذا سندٌ جيد».
وقال البوصيري في «مصباح الزجاجة» (٣/ ٦٢): «هذا إسناد صحيح رجاله ثقات، ومحمد بن شعيب: وثقه دحيم وأبو داود، وباقي الإسناد على شرط البخاري».
وقال ابن الملقن في «البدر» (٧/ ٢٦٦): «وهذا إسناد كل رجاله ثقات.
والظاهر: أن سعيد بن أبي سعيد: هو «المقبري»، المجمع على ثقته، وبه صرَّح ابن عساكر في «أطرافه» وكذا المزي.
وقد ذكر ابن عساكر في «تاريخه» في ترجمة المقبري: أنه قدم الشام مرابطًا، وحدَّث ببيروت، وسمع منه بها: عبد الرحمٰن بن يزيد بن جابر.
وفرَّق الخطيب في كتابه «المتفق والمفترق» بين المقبري المدني وبين الذي حدَّث ببيروت وليس بجيد، فعلى ما قاله ابن عساكر علة الحديث جهالة الرجل من أهل المدينة، وبه صرح الدارقطني في «علله»، والظاهر أنه من تقصير بعض الرواة، وإنما هو أنس.
وذكر الخطيب في هذا الكتاب أن الشامي يروي عن أنس، وخالف ابن الجوزي فذكر في «تحقيقه» ما أسلفناه عن البيهقي، ثم قال: الساحلي مجهول. وقد علمت ما فيه».
وأخرجه الدارقطني (٤/ ٩٧)، والبيهقي (٦/ ٢٦٣)، وابن عبد البر في «التمهيد» (١٤/ ٢٩٩)، والحافظ في «تخريج أحاديث المختصر» (٢/ ٣٢١) من طريق حجاج بن محمد المصيصي، ثنا ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس مرفوعًا: «**لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة**».
وقال الحافظ في «الفتح» (٦/ ٣٠٢): ورجاله ثقات إلا أنّه معلول، فقد قيل: إنّ عطاء هو الخراساني».
وقال في «تخريج أحاديث المختصر» (٢/ ٣٢١): «هذا إسناد ظاهره الصحة إذ المتبادر =

٢٤٤٧ **وَاخْتَلَفُوا** هَلْ تَجُوزُ لِغَيْرِ الْقَرَابَةِ؟

فَقَالَ جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ[(١)]: إِنَّهَا تَجُوزُ لِغَيْرِ الْأَقْرَبِينَ مَعَ الْكَرَاهِيَةِ.

وَقَالَ الْحَسَنُ[(٢)]، وَطَاوُسٌ[(٣)]: تُرَدُّ الْوَصِيَّةُ عَلَى الْقَرَابَةِ، وَبِهِ قَالَ إِسْحَاقُ[(٤)]

وَحُجَّةُ هَؤُلَاءِ:

ظَاهِرُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] وَالْأَلِفُ وَاللَّامُ تَقْتَضِي الْحَصْرَ.

وَاحْتَجَّ الْجُمْهُورُ عليهم بِحَدِيثِ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ الْمَشْهُورِ، وَهُوَ: «أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ (سِتَّةَ أَعْبُدٍ)[(٥)] لَهُ فِي مَرَضِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ، فَأَقْرَعَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بَيْنَهُمْ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً»[(٦)]، وَالْعَبِيدُ غَيْرُ الْقَرَابَةِ.

٢٤٤٨ **وَأَجْمَعُوا** ـ كَمَا قُلْنَا ـ أَنَّهَا لَا تَجُوزُ لِوَارِثٍ إِذَا لَمْ يُجِزْهَا الْوَرَثَةُ[(٧)].

= أنّ عطاء هو ابن أبي رباح، فلو كان كذلك لكان على شرط الصحيح، لكن عطاء المذكور هو الخراساني، وفيه ضعف، ولم يسمع من ابن عباس؛ قاله أبو داود والدارقطني وغيرهما».

(١) «فتح القدير» (١٠/ ٤١١)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٣٠)، «الاختيار لتعليل المختار» (٥/ ٦٢)، «البناية شرح الهداية» (١٣/ ٣٨٨)، «الاستذكار» (٥/ ٧)، «التمهيد» (١٤/ ٢٩٢)، «المنتقى»، للباجي (٦/ ١٤٥)، «المقدمات الممهدات» (٣/ ١١٤)، «الذخيرة» (٧/ ٩)، «تحفة المحتاج» (٣/ ٧)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٤٠)، «إعانة الطالبين» (٣/ ٢٣٤)، «الكافي» (٢/ ٢٦٥)، «المغني» (٦/ ١٣٧)، «المبدع» (٥/ ٢٣٢)، «الإنصاف» (٧/ ١٨٩).

(٢) «الأوسط» (٨/ ٢٠).

(٣) «الأوسط» (٨/ ٢٠).

(٤) «الأوسط» (٨/ ٢٠).

(٥) في (أ): «أعبدا».

(٦) سيأتي تخريجه.

(٧) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٣/ ٣٣)، وابن هبيرة فِي «الإفصاح» (٢/ ٧٠)، وابن قدامة في «المغني» (٨/ ٤٠٤)، والنووي في «شرح مسلم» (١١/ ٧٧).

٢٤٤٩ **وَاخْتَلَفُوا** ـ كَمَا قُلْنَا ـ إِذَا أَجَازَتْهَا الْوَرَثَةُ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ(١): تَجُوزُ.

وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ(٢) وَالْمُزَنِيُّ(٣): لَا تَجُوزُ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلِ الْمَنْعُ لِعِلَّةِ الْوَرَثَةِ أَوْ عِبَادَةٍ؟

فَمَنْ قَالَ عِبَادَةٌ قَالَ: لَا تَجُوزُ، وَإِنْ أَجَازَهَا الْوَرَثَةُ.

وَمَنْ قَالَ بِالْمَنْعِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ أَجَازَهَا إذا أَجَازَهَا [م/ ٢٥١ظ] الْوَرَثَةُ.

وَتَرَدُّدُ هَذَا [أ/ ٤٤٧و] الْخِلَافِ رَاجِعٌ إِلَى تَرَدُّدِ الْمَفْهُوم مِنْ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ**»(٤)، هَلْ هُوَ مَعْقُولُ الْمَعْنَى أَمْ لَيْسَ بِمَعْقُولٍ(٥)؟

٢٤٥٠ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْوَصِيَّةِ لِلْمَيِّتِ، وَفِي الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ خَطَأً وَعَمْدًا(٦).

---

(١) قال الإمام الشافعي في «الأم» (٤/ ٩٩): «وما وصفت ـ من أن الوصية للوارث منسوخة بآي المواريث، وأن لا وصية لوارث ـ مما لم أعرف فيه عن أحد: ممن لقيت، خلافًا».
«أحكام القرآن» للجصاص (١/ ٢٠٥)، «المبسوط» (٢٧/ ١٤٧، ١٧٥) و(١١/ ٢٨) و(٢٩/ ٢)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٣٨)، «المنتقى شرح الموطأ» (٦/ ١٧٩)، «الاستذكار» (٣٢/ ٢٣)، «التمهيد» (٨/ ٣٨١)، «منح الجليل» (٩/ ٥١٣)، «روضة الطالبين» (٦/ ١٠٨)، «أسنى المطالب» (٣/ ٣٣)، «نهاية المحتاج» (٦/ ٤٩)، «الحاوي الكبير» (٨/ ١٩٠)، «نهاية المطلب» (١١/ ٩٥)، «مختصر الخرقي» (ص٨٣)، «المغني» (٦/ ٥٨)، «المحرر» (١/ ٣٧٦)، «المبدع» (٥/ ٢٣٥)، «الإقناع» (٣/ ٥٠)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٤٥٧)، «كشاف القناع» (٤/ ٣٤١).

(٢) «المحلى» مسألة (١٧٥٤).

(٣) «منح الجليل» (٩/ ٥١٣)، «شرح الزرقاني على الموطأ» (٤/ ١٢٣)، «الحاوي الكبير» (٨/ ١٩٥)، «فتح الباري» (٥/ ٣٧٣)، «المهذب» (١/ ٤٥١).

(٤) تقدم.

(٥) في (أ): «بمعلوم».

(٦) زاد في المطبوع: «فَقَالَ قَوْمٌ: تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُوصَى لَهُ، وَهُمُ الْجُمْهُورُ؛ وَقَالَ قَوْمٌ: لَا تَبْطُلُ».

٢٤٥١ وفِي هَذَا الْبَابِ فَرْعٌ مَشْهُورٌ، وَهُوَ إِذَا أَذِنَ الْوَرَثَةُ لِلْمَيِّتِ؛ هَلْ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا فِي ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ؟

فَقِيلَ: لَهُمْ.

وَقِيلَ: لَيْسَ لَهُمْ.

وَقِيلَ: بِالْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْوَرَثَةُ فِي عِيَالِ الْمَيِّتِ أَوْ لَا يَكُونُوا؛ أَعْنِي: أَنَّهُمْ إِنْ كَانُوا فِي عِيَالِهِ كَانَ لَهُمُ الرُّجُوعُ، وَالثَّلَاثَةُ الْأَقْوَالِ فِي الْمَذْهَبِ[١].

الْقَوْلُ فِي الْمُوصَى بِهِ:

وَالنَّظَرُ فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ.

أَمَّا جِنْسُهُ:

٢٤٥٢ فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى جَوَازِ الْوَصِيَّةِ فِي الرِّقَابِ.

٢٤٥٣ **واخْتَلَفُوا** فِي الْمَنَافِعِ:

فَقَالَ جُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ[٢]: ذَلِكَ جَائِزٌ.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى[٣] وَابْنُ شُبْرُمَةَ[٤]، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ[٥]: الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ بَاطِلَةٌ[٦].

---

(١) «المقدمات الممهدات» (٣/ ١١٤).

(٢) «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٥٢)، «فتح القدير» (١٠/ ٤٨٥)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٠٨)، «الاستذكار» (٢٣/ ٣٢)، «مواهب الجليل» (٦/ ٣٨٤)، «نهاية المطلب» (١١/ ١٢٦)، «الحاوي الكبير» (٨/ ٢١٩) «المهذب» (١/ ٤٥٢)، «مغني المحتاج» (٣/ ٤٥)، «روضة الطالبين» (٦/ ١٨٦)، «الكافي» (٢/ ٤٨١)، «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٤٧٦)، «مطالب أولي النهى» (٤/ ٤٩٨).

(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٢)، «فتح الباري» (٥/ ٣٦٠).

(٤) الاستذكار» (٢٣/ ٣٢)، «فتح الباري» (٥/ ٣٦٠).

(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٢)، «فتح الباري» (٥/ ٣٦٠).

قال ابن عبد البر: «قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة ومن تابعهما قول صحيح في النظر والقياس، وإن كان على خلافه أكثر الناس».

(٦) كذا في (أ)، وفي بقية النسخ: «باطل».

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ الْمَنَافِعَ فِي مَعْنَى الْأَمْوَالِ.

وَعُمْدَةُ **الطَّائِفَةِ الثَّانِيَةِ**: أَنَّ الْمَنَافِعَ مُنتقِلَةٌ إِلَى مِلْكِ الْوَارِثِ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَا مِلْكَ لَهُ فَلَا تَصِحُّ [ب/ ٣٩٥و] لَهُ وَصِيَّةٌ بِمَا يُوجَدُ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ.

وَإِلَى هَذَا الْقَوْلِ ذَهَبَ أَبُو عُمَرَ بْنُ عَبْدِ الْبَرِّ(١).

وَأَمَّا الْقَدْرُ:

٢٤٥٤ فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ فِي أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ لِمَنْ تَرَكَ وَرَثَةً(٢).

٢٤٥٥ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَنْ لَمْ يَتْرُكْ وَرَثَةً وَفِي الْقَدْرِ الْمُسْتَحَبِّ مِنْهَا، هَلْ هُوَ الثُّلُثُ أَوْ دُونَهُ؟

[٢٤٥٥/أ] وَإِنَّمَا صَارَ **الْجَمِيعُ** إِلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَجُوزُ فِي أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ لِمَنْ لَهُ وَارِثٌ: بِمَا ثَبَتَ عَنْهُ ﷺ «أَنَّهُ عَادَ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ، فَقَالَ لَهُ: يَا رَسُولَ اللهِ، قَدْ بَلَغَ مِنِّي الْوَجَعُ مَا تَرَى وَأَنَا ذُو مَالٍ وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَيْ(٣) مَالِي؟ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **لَا**، فَقَالَ لَهُ سَعْدٌ: فَالشَّطْرُ؟ قَالَ: **لَا**، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ**»(٤).

فَصَارَ النَّاسُ لِمَكَانِ هَذَا الْحَدِيثِ إِلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَجُوزُ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ.

[٢٤٥٥/ب] وَاخْتَلَفُوا فِي الْمُسْتَحَبِّ مِنْ ذَلِكَ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٤).

(٢) وحكى الإجماعَ: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص١٠١)، وابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٩٣)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٣/ ٣٠)، وابن قدامة فِي «المغني» (٨/ ٤٠٤).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بثلث».

(٤) أخرجه البخاري (١٢٩٥)، ومسلم (١٦٢٨).

فَذَهَبَ قَوْمٌ إِلَى أَنَّهُ مَا دُونَ الثُّلُثِ، لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ فِي هَذَا الْحَدِيثِ: «**وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ**»، وَقَالَ بِهَذَا كَثِيرٌ مِنَ السَّلَفِ(١). [أ/٤٤٧ظ]

قَالَ قَتَادَةُ: أَوْصَى أَبُو بَكْرٍ بِالْخُمْسِ، وَأَوْصَى عُمَرُ بِالرُّبْعِ، وَالْخُمْسُ أَحَبُّ إِلَيَّ(٢).

وَأَمَّا مَنْ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ الْمُسْتَحَبَّ هُوَ الثُّلُثُ:

فَإِنَّهُمُ اعْتَمَدُوا عَلَى مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «**إِنَّ اللهَ ﷻ قَدْ جَعَلَ لَكُمْ فِي الْوَصِيَّةِ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ**»، وَهَذَا الْحَدِيثُ ضَعِيفٌ عِنْدَ أَهْلِ الْحَدِيثِ(٣).

وَثَبَتَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: لَوْ غَضَّ النَّاسُ فِي الْوَصِيَّةِ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى الرُّبْعِ لَكَانَ أَحَبَّ إِلَيَّ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ**»(٤).

٢٤٥٦ وَأَمَّا **اخْتِلَافُهُمْ** فِي جَوَازِ الْوَصِيَّةِ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ لِمَنْ لَا وَارِثَ لَهُ:

فَإِنَّ مَالِكًا قال: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ(٥)، وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ(٦).

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٤). (٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٤).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٧٠٩)، عن عطاء، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «**إنَّ الله تصدق عليكم، عند وفاتكم، بثلثِ أموالكم، زيادةً لكم في أعمالكم**».
وضعَّفه الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٠٥).
قلت: روي من عدة طرق، لا يسلم منها شيء. ينظر: «البدر المنير» (٧/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥)، «نصب الراية» (٤/ ٣٩٩ ـ ٤٠١).
نعم، حسَّن الهيثمي بعض أسانيده في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢١٢).

(٤) أخرجه البخاري (٢٧٤٣)، ومسلم (١٦٢٩).

(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٤)، «التمهيد» (٨/ ٣٨١)، «الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (٤/ ٥٨٦)، «الذخيرة»، للقرافي (٧/ ٣١).
وهو مذهب والشافعية، ورواية في مذهب الحنابلة: «الحاوي الكبير» (٨/ ١٩٥)، «مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج» (٨/ ٤٢٧١)، «الإنصاف» (٧/ ١٩٢)، «المبدع» (٦/ ١٠)، «المغني» (٦/ ١٢٣).

(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٤).

وَاخْتَلَفَ فِيهِ قَوْلُ أَحْمَدَ[(١)].

وَأَجَازَ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٢)]، ....

---

(١) «الإنصاف» (٧/ ١٩٢)، «المغني» (٦/ ١٢٣)، «المبدع» (٦/ ١٠)، «الكافي في فقه الإمام أحمد» (٢/ ٤٧٥)، «القواعد»، لابن رجب (ص٣٦٨)، «كشاف القناع» (٤/ ٣٣٩)، «مسائل الإمام أحمد وإسحاق رواية الكوسج» (٨/ ٤٢٧٢).

وفي «الإنصاف»: «أما من لا وارث له، فتجوز وصيته بجميع ماله، هذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب..».

(٢) «المبسوط» (٢٩/ ١٨)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٧٠)، «البناية»، للعيني (١٣/ ٣٩١)، «فتح القدير» (٨/ ٣٩٩).

قال ابن حزم: «أما قولهم: إن رسول الله ﷺ جعل العلة في أن لا يتجاوز الثلث غنى الورثة فباطل من قولهم، ما قال عليه الصلاة والسلام قط: إن أمري بأن لا يتجاوز الثلث في الوصية؟ إنما هو لغنى الورثة، إنما قال عليه الصلاة والسلام: **«الثلث والثلث كثير»**.

فهذه قضية قائمة بنفسها، وحكم فصل غير متعلق بما بعده، ثم ابتدأ عليه الصلاة والسلام قضية أخرى مبتدأة قائمة بنفسها، غير متعلقة بما قبلها، فقال: **«إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»**.

برهان صحة هذا القول: أنه لا يحل أن ينسب إلى رسول الله ﷺ أنه علَّل علة فاسدة منكرة حاش له من ذلك، ونحن نجد من له عشرة من الورثة فقراء ولم يترك إلا درهمًا واحدًا فإن له بإقرارهم أن يوصي بثلثه، ولا يترك لهم ما يغنيهم من جوع غداء واحدًا، ولا عشاءً واحدًا.

ونحن نجد من لا يترك وارثًا إلا واحدًا غنيًّا موسرًا مكثرًا، ولا يخلف إلا درهمًا واحدًا، فليس له عندهم ولا عندنا أن يوصي إلا بثلثه، وليس له غنى فيما يدع له؟ ولو كانت العلة ما ذكروا لكان من ترك ابنًا واحدًا، وترك ثلاثمائة ألف دينار يكون له أن يوصي بالنصف؛ لأن له فيما يبقى غنى الأبد، فلو كانت العلة غنى الورثة لروعي ما يغنيهم على حسب كثرة المال وقلَّته وهذا باطل عند الجميع.

فصح أن الذي قالوا باطل، وأن الشريعة في ذلك إنما هو تحديد الثلث فما دونه فقط قلَّ المال أو كثر، كان فيه للورثة غنى أو لم يكن». «المحلى»، مسألة (١٧٥٤).

ومما استدل به الحنفية: المسلمون يستحقون هذا المال لا على سبيل الميراث، وإنما باعتبار أنه مال لا مالك له، وإذا كان كذلك فلمالكه أن يضعه حيث يشاء، وإذا كان للإمام أن يضعه حيث يشاء فإن صاحبه أولى من الإمام. =

وَإِسْحَاقُ[(١)]، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ[(٢)].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلْ هَذَا الْحُكْمُ خَاصٌّ بِالْعِلَّةِ الَّتِي عَلَّلَهُ بِهَا الشَّارِعُ، أَمْ لَيْسَ بِخَاصٍّ، وَهُوَ أَنْ لَا يَتْرُكَ وَرَثَتَهُ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ، كَمَا قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: **«لأَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»**[(٣)]؟

فَمَنْ جَعَلَ هَذَا السَّبَبَ خَاصًّا: وَجَبَ أَنْ يَرْتَفِعَ الْحُكْمُ بِارْتِفَاعِ [ب/ ٣٩٥ظ] هَذِهِ الْعِلَّةِ.

وَمَنْ جَعَلَ الْحُكْمَ عِبَادَةً وَإِنْ كَانَ قَدْ عَلَّلَ بِعِلَّةٍ، أَوْ جَعَلَ جَمِيعَ الْمُسْلِمِينَ فِي هَذَا الْمَعْنَى بِمَنْزِلَةِ الْوَرَثَةِ، قَالَ: لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِإِطْلَاقٍ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ.

= قال الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء (٥/ ٥٤): «إن المسلمين لا يستحقون ماله بعد موته على سبيل الميراث؛ لأنه لو كان كذلك لما جاز أن يستحقه الرجل مع أبيه؛ لأن الأب والجد لا يجتمعان في ميراث واحد، فعلمنا أنهم لا يستحقونه على جهة الميراث، وإنما يعطيهم الإمام من جهة أنه مال لا مالك له، وكان للإمام أن يضعه حيث يرى، فمالكه أولى بذلك من الإمام؛ لأنه كان مالكًا له إلى أن توفي، ألا ترى أنه إذا كان له وارث فأوصى بأكثر من الثلث أنه إذا لم تجزه الورثة رد إليه ما زاد؛ لأنه يأخذه ميراثًا، فإذا لم يكن ميراث، فالوصية جائزة كالثلث الذي لا يورث إذا أوصى به.

وأيضًا فللإمام أن يجعله لرجل من المسلمين، فالموصي بذلك أولى منه كما كان في حال الحياة».

رده ابن حزم بقوله: «وأما قولهم: كما للإمام أن يضعه حيث يشاء فصاحبه أولى فكلام بارد، وقياس فاسد، وهم يقولون فيمن ترك زوجة، ولم يترك ذا رحم، ولا مولى ولا عاصبًا: أن الربع للزوجة، وأن الثلاثة الأرباع يضعها الإمام حيث يشاء، وأنه ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث.

فهلَّا قاسوا هاهنا كما للإمام أن يضع الثلاثة الأرباع حيث يشاء، فكذلك صاحب المال ولكن هذا مقدار قياسهم فتأملوه». اهـ.

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٤). (٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٤).

(٣) تقدم تخريجه.

الْقَوْلُ فِي الْمَعْنَى الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ لَفْظُ الْوَصِيَّةِ:

وَالْوَصِيَّةُ بِالْجُمْلَةِ:

هِيَ هِبَةُ [م/٢٥٢و] الرَّجُلِ مَالَهُ لِرَجُلٍ آخَرَ بَعْدَ مَوْتِهِ، أَوْ عِتْقُ غُلَامِهِ؛ سَوَاءٌ صَرَّحَ بِلَفْظِ الْوَصِيَّةِ أَوْ لَمْ يُصَرِّحْ بِهِ(١).

٢٤٥٧ وَهَذَا الْعَقْدُ عِنْدَهُمْ(٢) هُوَ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ **بِاتِّفَاقٍ**(٣).

أَعْنِي: أَنَّ لِلْمُوصِي أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا أَوْصَى بِهِ - إِلَّا الْمُدَبَّرَ، عَلَى مَا سَيَأْتِي فِي كِتَابِ التَّدْبِيرِ، فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِيهِ.

٢٤٥٨ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ لِلْمُوصَى لَهُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي(٤).

٢٤٥٩ **وَاخْتَلَفُوا** فِي قَبُولِ الْمُوصَى لَهُ: هَلْ هُوَ شَرْطٌ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ(٥): قَبُولُ الْمُوصَى لَهُ إِيَّاهَا شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ.

وَرُوِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ(٦) أَنَّهُ لَيْسَ الْقَبُولُ شَرْطًا، وَمَالِكٌ شَبَّهَهَا بِالْهِبَةِ.

الْقَوْلُ فِي الْأَحْكَامِ:

---

(١) تعريف الوصية اصطلاحًا، بعبارة المصنف نفسه.

(٢) من (م).

(٣) وحكى الإجماعَ: ابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٩٣)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٣/ ١١)، وابن هبيرة فِي «الإفصاح» (٢/ ٧٠)، وابن قدامة فِي «المغني» (٨/ ٣٨٩ - ٣٩٠)، والنووي فِي «شرح مسلم» (١١/ ٧٤)، والموصلي فِي «الاختيار» (٥/ ٦٣)، وبرهان الدين ابن مفلح فِي «المبدع» (٦/ ٣).

(٤) وحكى الإجماعَ على ذلك: ابن قدامة فِي «المغني» (٨/ ٥٧٢ - ٥٧٣).
وذهب بعض الشافعية إلى أن العبرة بوقت الوصية لا بموت الموصي.
«تحفة المحتاج» (٦/ ٥٥). وقال: «وقيل يوم الوصية فلا عبرة بما حدث بعدها».

(٥) قال ابن جزي في «القوانين الفقهية» (ص٢٦٦): ويشترط قَبول الموصى له إذا كان فيه أهلية للقبول كالهبة».

(٦) «مغني المحتاج» (٣/ ٣٩، ٥٢)، «روضة الطالبين» (٦/ ١١ ٣)، «الوسيط» (٤/ ٤٠٣)، «نهاية المحتاج» (٦/ ١٠٠)، «إعانة الطالبين» (٣/ ١٩٨).

وَهَذِهِ الْأَحْكَامُ:

مِنْهَا: لَفْظِيَّةٌ.

وَمِنْهَا: حِسَابِيَّةٌ.

وَمِنْهَا: حُكْمِيَّةٌ.

فَمِنْ مَسَائِلِهِم الْمَشْهُورَةِ الْحُكْمِيَّةِ:

[أ/٤٤٨و]

٢٤٦٠ **اخْتِلَافُهُمْ** فِي حُكْمِ مَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ وَعَيَّنَ مَا أَوْصَى لَهُ بِهِ فِي مَالِهِ مِمَّا هُوَ الثُّلُثُ، فَقَالَ الْوَرَثَةُ: ذَلِكَ الَّذِي عَيَّنَ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلُثِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[١]: الْوَرَثَةُ مُخَيَّرُونَ إما أَنْ يَدْفَعُوا إِلَيْهِ ذَلِكَ الَّذِي عَيَّنَهُ الْمُوصِي أَوْ يُعْطُوهُ الثُّلُثَ مِنْ جَمِيعِ مَالِ الْمَيِّتِ.

وَخَالَفَهُ فِي ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ[٢]، وَالشَّافِعِيُّ[٣]، وَأَبُو ثَوْرٍ[٤]، وَأَحْمَدُ[٥]، وَدَاوُدُ.

وَعُمْدَتُهُمْ: أَنَّ الْوَصِيَّةَ قَدْ وَجَبَتْ لَهُ بِمَوْتِ الْمُوصِي وَقَبُولِهِ إِيَّاهَا بِاتِّفَاقٍ[٦]، فَكَيْفَ يُنْقَلُ عَنْ مِلْكِهِ مَا وَجَبَ لَهُ بِغَيْرِ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ، وَتُغَيَّرُ الْوَصِيَّةُ؟

---

(١) «المدونة» (٦/ ٣٢)، «الاستذكار» (٢٣/ ٤٩)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٢٤).
ومن حجة مالك: أن الثلث موضع للوصايا، فإذا امتنع الورثة أن يخرجوا ما أوصى به الميت، وزعموا أنه تعدى فيه بأكثر من الثلث خيِّروا بين أن يسلموا للموصى له ما أوصى به الميت لهم، أو يسلموا إليه ثلث الميت، كما لو جنى العبد جناية قيمتها مائة درهم، والعبد قيمته ألف: كان سيده مخيرًا بين أن يؤدي أرش الجناية، فلا يكون للمجني عليه إلى العبد سبيل، وبين أن يسلم العبد إليه، وإن كان يساوي أضعاف قيمة الجناية.

(٢) «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٠٨).

(٣) «مغني المحتاج» (٣/ ٤٥، ٦٤ ـ ٦٦).

(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٤٩).

(٥) «مطالب أولي النهى» (٤/ ٤٩٨).

(٦) وحكى الإجماعَ: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٣/ ٤٨).

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ: إِمْكَانُ صِدْقِ الْوَرَثَةِ فِيمَا ادَّعَوْهُ.

٢٤٦١ وَمَا أَحْسَنَ[١] مَا رَآهُ أَبُو عُمَرَ بْنُ عَبْدِ الْبَرِّ[٢] فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَالَ:

«إِذَا ادَّعَى الْوَرَثَةُ ذَلِكَ: كُلِّفُوا بَيَانَ مَا ادَّعَوْا، فَإِنْ ثَبَتَ ذَلِكَ أَخَذَ مِنْهُ الْمُوصَى لَهُ قَدْرَ الثُّلُثِ مِنْ ذَلِكَ الشَّيْءِ الْمُوصَى بِهِ، وَكَانَ شَرِيكًا لِلْوَرَثَةِ، وَإِنْ كَانَ الثُّلُثَ فَأَقَلَّ جُبِرُوا عَلَى إِخْرَاجِهِ».

٢٤٦٢ وَإِذَا لَمْ **يَخْتَلِفُوا** فِي أَنَّ ذَلِكَ الشَّيْءَ الْمُوصَى بِهِ هُوَ فَوْق الثُّلُثِ:

فَعِنْدَ مَالِكٍ: أَنَّ الْوَرَثَةَ مُخَيَّرُونَ بَيْنَ أَنْ يَدْفَعُوا إِلَيْهِ مَا أوصَى لَهُ بِهِ، أَوْ يُفْرِجُوا لَهُ عَنْ جَمِيعِ ثُلُثِ مَالِ الْمَيِّتِ:

إِمَّا فِي [ب/٣٩٦و] ذَلِكَ الشَّيْءِ بِعَيْنِهِ، وَإِمَّا فِي جَمِيعِ الْمَالِ، عَلَى اخْتِلَافِ الرِّوَايَةِ عَنْ مَالِكٍ[٣] فِي ذَلِكَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]، وَالشَّافِعِيُّ[٥]: لَهُ ثُلُثُ تِلْكَ الْعَيْنِ، وَيَكُونُ بِبَاقِيهِ شَرِيكًا لِلْوَرَثَةِ فِي جَمِيعِ مَا تَرَكَ الْمَيِّتُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ تَمَامَ الثُّلُثِ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ[٦]:

أَنَّ الْمَيِّتَ لَمَّا تَعَدَّى فِي أَنْ جَعَلَ وَصِيَّتَهُ فِي شَيْءٍ بِعَيْنِهِ، فَهَلِ الْأَعْدَلُ فِي حَقِّ الْوَرَثَةِ أَنْ يُخَيَّرُوا بَيْنَ إِمْضَاءِ الْوَصِيَّةِ، أَوْ يُفْرِجُوا لَهُ إِلَى غَايَةِ مَا يَجُوزُ لِلْمَيِّتِ أَنْ يُخْرِجَ عَنْهُمْ مِنْ مَالِهِ، أَوْ يَبْطُلَ التَّعَدِّي وَيَعُودَ ذَلِكَ الْحَقُّ مُشْتَرَكًا؟

وَهَذَا هُوَ الْأَوْلَى[٧] إِذَا قُلْنَا: إِنَّ التَّعَدِّيَ هُوَ فِي التَّعْيِينِ لِكَوْنِهِ أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ ـ أَعْنِي: أَنَّ الْوَاجِبَ أَنْ يَسْقُطَ التَّعْيِينُ.

---

(١) تأمل استحسان المصنف لكلام الحافظ ابن عبد البر.
(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٤٩).
(٣) «الشرح الكبير» (٤/ ٤٢٤).
(٤) «فتح القدير» (١٠/ ٤٨٥).
(٥) «روضة الطالبين» (٦/ ٣١١).
(٦) في (م): «الخلاف».
(٧) ترجيحٌ من المصنف.

وَأَمَّا أَنْ يُكَلَّفَ الْوَرَثَةُ أَنْ يُمْضُوا التَّعْيِينَ أَوْ يَتَخَلَّوْا عَنْ جَمِيعِ الثُّلُثِ؛ فَهُوَ حَمْلٌ عَلَيْهِمْ.

٢٤٦٣ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ **اخْتِلَافُهُمْ** فِيمَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ زَكَاةٌ فَمَاتَ وَلَمْ يُوصِ بِهَا، وَإِذَا وَصَّى بِهَا فَهِيَ مِنَ الثُّلُثِ، [أ/٤٤٨ظ] أَوْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ؟

فَقَالَ مَالِكٌ[(١)]: إِذَا لَمْ يُوصِ بِهَا لَمْ يَلْزَمِ الْوَرَثَةَ إِخْرَاجُهَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَلْزَمُ الْوَرَثَةَ إِخْرَاجُهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ[(٢)].

وَإِذَا وَصَّى:

فَعِنْدَ مَالِكٍ[(٣)] يَلْزَمُ الْوَرَثَةَ إِخْرَاجُهَا وَهِيَ عِنْدَهُ مِنَ الثُّلُثِ.

وَهِيَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ[(٤)] فِي الْوَجْهَيْنِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ؛ شَبَّهَهَا الشافعي بِالدَّيْنِ لِقَوْلِ رَسُولِ اللهِ ﷺ: **«فَدَيْنُ اللهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى»**[(٥)]، وَكَذَلِكَ الْكَفَّارَاتُ الْوَاجِبَةُ، وَالْحَجُّ الْوَاجِبُ عِنْدَهُ.

وَمَالِكٌ يَجْعَلُهَا مِنْ جِنْسِ الْوَصَايَا بِالتَّوْصِيَةِ بِإِخْرَاجِهَا بَعْدَ الْمَوْتِ.

٢٤٦٤ **وَلَا خِلَافَ** أَنَّهُ لَوْ أَخْرَجَهَا فِي الْحَيَاةِ أَنَّهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَلَوْ كَانَ فِي السِّيَاقِ.

وَكَأَنَّ مَالِكًا اتَّهَمَهُ هُنَا عَلَى الْوَرَثَةِ ـ أَعْنِي: فِي تَوْصِيَتِهِ بِإِخْرَاجِهَا.

قَالَ: وَلَوْ أُجِيزَ هَذَا لَجَازَ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يُؤَخِّرَ [م/٢٥٢ظ] جَمِيعَ زَكَاتِهِ طُولَ عُمُرِهِ حتى إِذَا دَنَا مِنَ الْمَوْتِ: وَصَّى بِهَا.

٢٤٦٥ وَإِذَا زَاحَمَتِ الْوَصَايَا الزَّكَاةُ:

قُدِّمَتْ عِنْدَ مَالِكٍ[(٦)] عَلَى مَا هُوَ أَضْعَفُ مِنْهَا.

---

(١) «التمهيد» (١٤/ ٣٣٦)، «شرح الخرشي» (٨/ ١٩٤)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٥٦)، «الشرح الصغير مع حاشية الصاوي» (٤/ ٦١٠).

(٢) «الأم» (٧/ ١٣٣)، «مغني المحتاج» (١/ ٤٠٩).

(٣) «التمهيد» (١٤/ ٣٣٦).

(٤) «مغني المحتاج» (١/ ٤٠٩).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) «الخرشي» (٨/ ١٩٣).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١]: هِيَ وَسَائِرُ الْوَصَايَا سَوَاءٌ، يُرِيدُ فِي الْمُحَاصَّةِ.

وَاتَّفَقَ مَالِكٌ[٢] وَجَمِيعُ أَصْحَابِهِ عَلَى أَنَّ الْوَصَايَا الَّتِي يَضِيقُ عَنْهَا الثُّلُثُ إِذَا كَانَتْ مُسْتَوِيَةً أَنَّهَا تَتَحَاصُّ[٣] فِي الثُّلُثِ، وَإِذَا كَانَ بَعْضُهَا أَهَمَّ مِنْ بَعْضٍ قُدِّمَ الْأَهَمُّ.

٢٤٦٦ **وَاخْتَلَفُوا** [ب/٣٩٦ظ] فِي التَّرْتِيبِ؛ عَلَى مَا هُوَ مَسْطُورٌ فِي كُتُبِهِمْ[٤].

٢٤٦٧ وَمِنْ مَسَائِلِهِمُ الْحِسَابِيَّةِ الْمَشْهُورَةِ فِي هَذَا الْبَابِ:

إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِنِصْفِ مَالِهِ وَلِآخَرَ بِثُلُثِهِ وَرَدَّ الْوَرَثَةُ الزَّائِدَ:

فَعِنْدَ مَالِكٍ[٥] وَالشَّافِعِيِّ[٦]: أَنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِ الثُّلُثَ (بَيْنَهُمَا أَخْمَاسًا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٧]: يَقْتَسِمَانِ الثُّلُثَ)[٨] بِالسَّوِيَّةِ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلِ الزَّائِدُ عَلَى الثُّلُثِ السَّاقِطِ يَسْقُطُ الِاعْتِبَارُ بِهِ فِي الْقِسْمَةِ، (كَمَا يَسْقُطُ فِي نَفْسِهِ بِإِسْقَاطِ الْوَرَثَةِ؟

فَمَنْ قَالَ يَبْطُلُ فِي نَفْسِهِ، وَلَا يَبْطُلُ الِاعْتِبَارُ بِهِ فِي الْقِسْمَةِ)[٩] إذا كَانَ مُشَاعًا قَالَ: يَقْتَسِمُونَ الْمَالَ أَخْمَاسًا.

وَمَنْ قَالَ يَبْطُلُ الِاعْتِبَارُ بِهِ، كَمَا لَوْ كَانَ مُعَيَّنًا قَالَ: يَقْتَسِمُونَ الْبَاقِيَ عَلَى السَّوَاءِ.

---

(١) «البناية شرح الهداية» (١٣/ ٥٢٠). (٢) «البيان والتحصيل» (١٣/ ١٣٣).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «تحاص».

(٤) ينظر: «الجامع لمسائل المدونة» (١٩/ ٦٧٠ - ٦٧١).

(٥) «حاشية العدوي» (٢/ ٢٩٧).

(٦) «البيان» (٨/ ١٥٩ - ١٦٠)، «الحاوي الكبير» (٨/ ١٩٦)، «المهذب» (١/ ٤٥١).

(٧) «البناية شرح الهداية» (١٣/ ٥٢٥). (٨) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٩) ما بين القوسين ليس في (ب).

٢٤٦٨ وَمِنْ مَسَائِلِهِمُ اللَّفْظِيَّةِ الْمَشْهُورَةِ(١) فِي هَذَا الْبَابِ، إِذَا أَوْصَى بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ وَلَهُ مَالٌ يَعْلَمُ بِهِ وَمَالٌ(٢) لَا يَعْلَمُ بِهِ:

فَعِنْدَ مَالِكٍ(٣) أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَكُونُ فِيمَا عَلِمَ بِهِ دُونَ مَا لَمْ يَعْلَمْ.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ: تَكُونُ فِي الْمَالَيْنِ(٤).

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلِ اسْمُ الْمَالِ الَّذِي نَطَقَ بِهِ [أ/٤٤٩و] يَتَضَمَّنُ مَا عَلِمَ وَمَا لَمْ يَعْلَمْ، أَوْ مَا عَلِمَ فَقَطْ؟

وَالْمَشْهُورُ عند مَالِكٍ(٥): أَنَّ الْمُدَبَّرَ يَكُونُ فِي الْمَالَيْنِ إِذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الْمَالِ الَّذِي يَعْلَمُ.

وَفِي هَذَا الْبَابِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ، وَكُلُّهَا رَاجِعَةٌ إِلَى هَذِهِ الثَّلَاثَةِ الْأَجْنَاسِ، وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ:

أَنَّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُوصِيَ بَعْدَ مَوْتِهِ بِأَوْلَادِهِ، وَأَنَّ هَذِهِ خِلَافَةٌ جُزْئِيَّةٌ كَالْخِلَافَةِ الْعُظْمَى الْكُلِّيَّةِ الَّتِي لِلْإِمَامِ أَنْ يُوصِيَ بِهَا.

❁ ❁ ❁

---

(١) من (م). (٢) في (م): «أو».

(٣) «المدونة» (٦/ ٣٧)، «الشرح الكبير»، للدردير (٤/ ٤٤٨)، «الذخيرة» (٧/ ٩٤)، «القوانين الفقهية» (ص٢٦٧).

(٤) «أسنى المطالب» (٣/ ٣٥)، «الحاوي الكبير» (٧/ ٥٣٨) و(١٧/ ٣٠٩)، «تحفة المحتاج» (٧/ ١٧)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣/ ١٦١).

(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٨٠)، «القوانين» (ص٢٦٧)، «الكافي» (٢/ ١٠٢٩)، «النوادر» (١١/ ٤٠٦).

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا

كِتَابُ الْفَرَائِضِ(١)

٢٤٦٩ وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْكِتَابِ(٢)، فِيمَنْ يَرِثُ، وَفِيمَنْ لَا يَرِثُ.

وَمَنْ يَرِثُ: هَلْ يَرِثُ دَائِمًا، أَوْ مَعَ وَارِثٍ دُونَ وَارِثٍ؟

وَإِذَا وَرِثَ مَعَ غَيْرِهِ فَكَمْ يَرِثُ(٣)؟

وَهَلْ يَخْتَلِفُ ذَلِكَ مع وَارِثٍ وَارِثٍ أَوْ لَا يَخْتَلِفُ؟

٢٤٧٠ وَالتَّعْلِيمُ(٤) فِي هَذَا يُمْكِنُ عَلَى وُجُوهٍ كَثِيرَةٍ:

قَدْ سَلَكَ أَكْثَرَهَا أَهْلُ الْفَرَائِضِ، (وَالسَّبِيلُ الْحَاضِرَةُ)(٥) فِي ذَلِكَ: أَنْ نَذْكُرَ حُكْمَ جِنْسٍ جِنْسٍ مِنْ أَجْنَاسِ الْوَرَثَةِ إِذَا انْفَرَدَ حُكْمَ(٦) ذَلِكَ الْجِنْسُ، وَحُكْمُهُ مَعَ سَائِرِ الْأَجْنَاسِ الْبَاقِيَةِ.

مِثَالُ ذَلِكَ:

---

(١) الفرائض: جمع فريضة، فَعِيلة بمعنى مفعولة، مِن الفَرْض، وهو التقدير والقطع. قال تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]؛ أي: قدَّرتم.
ويسمّى: علم المواريث: فرائض؛ لاشتماله على أنصباء مقدرة، أو لكثرة دور الفرْض في الكلام فيها، مثل قولهم: فرْض الأم كذا، وفرض البنت كذا، وفرْض الزوج كذا. ينظر: «الاختيار»: (٥/ ٨٤)، «شرح التنبيه»، لابن الرفعة: (١٢/ ٤٦٥).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الباب». والمثبت أولى، لكون هذه الطريقة هي التي سار عليها المصنف من أول كتابه.

(٣) زاد في المطبوع: «وَكَذَلِكَ إِذَا وَرِثَ وَحْدَهُ كَمْ يَرِثُ؟ وَإِذَا وَرِثَ مَعَ وَارِثٍ».

(٤) في (أ): «والتعميم».

(٥) مكانها بياض في (م).

(٦) من (م).

أَنْ تنْظُرَ إِلَى الْوَلَدِ إِذَا انْفَرَدَ كَمْ مِيرَاثُهُ، ثُمَّ تنْظُرَ حَالُهُ مَعَ سَائِرِ الْأَجْنَاسِ الْبَاقِيَةِ مِنَ الْوَارِثِينَ.

٢٤٧١ فَأَمَّا الْأَجْنَاسُ الْوَارِثَةُ ـ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ:

ذُو نَسَبٍ، وَأَصْهَارٌ، وَمَوَالٍ(١).

---

(١) قال ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٢): «وأجمع المسلمون على أن الأسباب المتوارث بها ثلاثة: رحم، ونكاح، وولاء».
وانظر: «المبسوط» (٢٩/ ١٣٨)، «الاختيار لتعليل المختار» (٥/ ٨٦)، «الكافي» (٢/ ٤٥٢)، «جواهر الإكليل» (٢/ ٤٨٧)، «مغني المحتاج» (٣/ ٤)، «روضة الطالبين» (٦/ ٣)، «كشاف القناع» (٤/ ٣٤٠).
وخالف الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه، كما في «الإنصاف» (٦/ ٤٤٦)، وإبراهيم النخعي، كما في «الجامع لأحكام القرآن» (٩/ ١٣٤)، وإسحاق بن راهويه، كما في «تهذيب السُّنن» (٨/ ٨٤)، وتبعهم: ابن تيمية، كما في «الاختيارات» (ص١٩٥)، وتلميذه ابن القيم «إعلام الموقعين» (٢/ ٢٠٠).
فذهبوا إلى عدم حصر أسباب الإرث في هذه الثلاثة، بل يزاد عليها: الالتقاط، وزاد شيخ الإسلام: الإسلام على يديه، والمولى من أسفل، والمؤاخاة.
وذكر القاضي ابن أبي موسى: أن بعض شيوخه حكى رواية عن الإمام أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الملتقط يرثه، واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى ونصره، وصاحب الفائق، قال الحارثي: وهو الحقُّ.
واختار الشيخ تقي الدين: أنه يورث بها عند عدم الرحم والنكاح والولاء، وتبعه في الفائق.
«الإنصاف» (٦/ ٤٤٦)، «كشاف القناع» (٤/ ٣٤٠).
واحتجوا بما يلي:
الأول: عن واثلة بن الأسقع أن النبي ﷺ قال: **«تحوز المرأة ثلاثة مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لاعنت فيه»**.
أخرجه أبو داود (٢٩٠٦)، والترمذي (٢١١٥)، وابن ماجه (٢٧٤٢)، وضعَّفه الشافعي، والبيهقي.
«فتح الباري» (١٢/ ٣٢)، «إرواء الغليل» (١٥٧٦).
● وجه الاستدلال: فيه أن المرأة تحوز ميراث لقيطها، دل ذلك على أن الالتقاط سببٌ من أسباب الميراث.
=

[٢٤٧١/أ] فَأَمَّا ذو النَّسَبِ:

فَمِنْهَا: مُتَّفَقٌ عَلَيْهَا.

وَمِنْهَا: مُخْتَلَفٌ فِيهَا.

أَمَّا الْمُتَّفَقُ عَلَيْهَا:

فَهِيَ الْفُرُوعُ [ب/٣٩٧و] ـ أَعْنِي: الْأَوْلَادَ، وَالْأُصُولُ ـ أَعْنِي: الآبَاءَ وَالْأَجْدَادَ ـ ذُكُورًا وإِنَاثًا.

وَكَذَلِكَ الْفُرُوعُ الْمُشَارِكَةُ لِلْمَيِّتِ فِي الْأَصْلِ الْأَدْنَى(١):

أَعْنِي: الْإِخْوَةَ ذُكُورًا وإِنَاثًا، والْمُشَارِكَةَ لِأَبِيْهِ(٢) الْأَدْنَى أَوِ الْأَبْعَدَ فِي أَصْلٍ وَاحِدٍ، وَهُمُ الْأَعْمَامُ وَبَنُو الْأَعْمَامِ ـ وَذَلِكَ الذُّكُورُ مِنْ هَؤُلَاءِ خَاصَّةً فَقَطْ، وَهَؤُلَاءِ إِذَا فُصِّلُوا كَانُوا مِنَ الرِّجَالِ عَشَرَةً وَمِنَ النِّسَاءِ سَبْعَةً.

= **الثاني**: عن سُنَين أبي جَمِيلة أنه وجد منبوذًا في زمان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: فجئت به إلى عمر فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدتها ضائعة فأخذتها. فقال عريفه: يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح، فقال: كذلك؟ قال: نعم. قال عمر: اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته).

أخرجه مالك (٢/ ٥٦٢) وسنده صحيح.

• وجه الاستدلال: أنَّ قوله: «لك ولاؤه»، أي: أنت الذي تتولى تربيته والقيام بأمره، وهذه ولاية الإسلام لا ولاية العتق.

واحتجوا لهذا بحديث: «**الولاء لمن أعتق**» وهذا ينفي أن يكون الولاء للملتقط؛ لأن أصل الناس الحرية.

«فتح الباري» (١٢/ ٣٩).

الثالث: أن هذا أولى من أن نجعله في بيت المال؛ لأن بيت المال ينتفع به عامة المسلمين، لكن هذا ينتفع به الواجد الذي تعب عليه وحضنه، وربما يكون، هو السبب في تحصيل المال.

الرابع: لا يلزم من الإرث أن يكون بسبب الولاء فقط، فكما أنه يكون بسبب الولاء، وبسبب النكاح، كذلك يكون بسبب الالتقاط.

«موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي» (٨/ ٤٥٣ ـ ٤٥٤).

(١) من (م). (٢) في (م): «للأب».

أَمَّا الرِّجَالُ:

فَالِابْنُ وَابْنُ الِابْنِ وَإِنْ سَفُلَ، وَالْأَبُ وَالْجَدُّ أَبُو الْأَبِ وَإِنْ عَلَا[١]، وَالْأَخُ مِنْ أَيِّ جِهَةٍ كَانَ - أَعْنِي: لِلْأُمِّ وَالْأَبِ أَوْ لِأَحَدِهِمَا - وَابْنُ الْأَخِ وَإِنْ سَفُلَ، وَالْعَمُّ وَابْنُ الْعَمِّ وَإِنْ سَفُلَ، وَالزَّوْجُ، وَمَوْلَى النِّعْمَةِ[٢].

وَأَمَّا السَّبْعُ مِنَ [م/٢٥٣و] النِّسَاءِ[٣]:

فَالِابْنَةُ وَابْنَةُ الِابْنِ وَإِنْ سَفُلَتْ، وَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ وَإِنْ عَلَتْ، وَالْأُخْتُ، وَالزَّوْجَةُ[٤] [أ/٤٤٩ظ]، وَالْمَوْلَاةُ[٥].

وَأَمَّا الْمُخْتَلَفُ فِيهِمْ:

[٢٤٧١/ب] فَهُمْ ذَوُو الْأَرْحَامِ - وَهُمْ مَنْ لَا فَرْضَ لَهُمْ فِي كِتَابِ اللهِ، وَلَا هُمْ عُصْبَةٌ - وَهُمْ بِالْجُمْلَةِ بَنُو الْبَنَاتِ، وَبَنُو الْأَخَوَاتِ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ، وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ، وَالْعَمُّ أَخُو الْأَبِ لِلْأُمِّ فَقَطْ، وَبَنُو الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ، وَالْعَمَّاتُ، وَالْخَالَاتُ، وَالْأَخْوَالُ.

فَذَهَبَ مَالِكٌ[٦] وَالشَّافِعِيُّ[٧] وَأَكْثَرُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ[٨] مِنَ الصَّحَابَةِ أَنَّهُ لَا مِيرَاثَ لَهُمْ.

---

(١) في (ب): «بعد».

(٢) حكى الإجماع على ذلك: ابن هُبَيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٢)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٦٣)، والنووي في «روضة الطالبين» (٦/ ٤)، والقرافي في «الذخيرة» (١٣/ ٣٩).

(٣) حكى الإجماع على ذلك: ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٢)، والنووي في «روضة الطالبين» (٦/ ٤)، والقرافي في «الذخيرة» (١٣/ ٣٩).

(٤) في (أ): «والزوجات».

(٥) «حاشية ابن عابدين» (١٠/ ٥٠١)، «مواهب الجليل» (٨/ ٥٩٢)، «رَوضَة الطَّالِبِين» (٦/ ٤)، «المغني» (٩/ ٦٣).

(٦) «المعونة» (٣/ ١٦٥٦)، «مواهب الجليل» (٨/ ٥٩٢)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٦٨).

(٧) «روضة الطالبين» (٦/ ٥)، «فتح العزيز» (٦/ ٤٥١).

(٨) أخرج ذلك عن زيد ﷺ: الحاكم (٥/ ٤٩١)، وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه».

وَذَهَبَ سَائِرُ الصَّحَابَةِ، وَفُقَهَاءُ الْعِرَاقِ[(١)] وَالْكُوفَةِ وَالْبَصْرَةِ وَجَمَاعَةٌ من الْعُلَمَاءِ مِنْ سَائِرِ الْآفَاقِ إِلَى تَوْرِيثِهِمْ[(٢)].

وَالَّذِينَ قَالُوا بِتَوْرِيثِهِمْ:

٢٤٧٢ **اخْتَلَفُوا** فِي صِفَةِ تَوْرِيثِهِمْ:

فَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٣)] وَأَصْحَابُهُ إِلَى تَوْرِيثِهِمْ عَلَى تَرْتِيبِ[(٤)] الْعَصَبَاتِ.

وَذَهَبَ سَائِرُ مَنْ وَرَّثَهُمْ إِلَى التَّنْزِيلِ - وَهُوَ أَنْ يُنَزَّلَ كُلُّ مَنْ أَدْلَى[(٥)] مِنْهُمْ بِذِي سَهْمٍ أَوْ عَصَبَةٍ بِمَنْزِلَةِ الَّذِي أَدْلَى[(٦)] بِهِ[(٧)].

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ: أَنَّ الْفَرَائِضَ لَمَّا كَانَتْ لَا مَجَالَ لِلْقِيَاسِ فِيهَا، كَانَ الْأَصْلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ فِيهَا شَيْءٌ إِلَّا بِكِتَابٍ أَوْ سُنَّةٍ ثَابِتَةٍ أَوْ إِجْمَاعٍ.

وَجَمِيعُ ذَلِكَ مَعْدُومٌ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ[(٨)].

وَأَمَّا **الْفِرْقَةُ الثَّانِيَةُ**، فَزَعَمُوا أَنَّ دَلِيلَهُمْ عَلَى ذَلِكَ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْقِيَاسِ.

---

(١) قال أبو عبيد - كما في «الأوسط» (٧/ ٥٧٦ - ٥٧٧): «أهل العراق يرون إذا مات الرجل وترك أهل فرائض ممن لا يستوعب المال؛ كالأم والإخوة من الأم والبنات والأخوات، وليس هناك عصبة، فإنهم يجعلون الميراث على السهام لأهل الفرائض، ثم يردون عليهم على قدر مواريثهم، وإذا لم يكن للميت أحد من أهل الفرائض المسمَّاة في التنزيل وله ذوو أرحام جعلوا ذوي الأرحام مع الورثة فقسموا ماله بينهم على قدر أرحامهم وقرابتهم، ويحتجون في ذلك بقول الله ﷻ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾» [الأنفال: ٧٥].

(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٨١)، «الأوسط» (٧/ ٥٧٦)، «المغني» (٩/ ٦٣).
وهو ما ذهب إليه الحنفية، والحنابلة، وهو وجهٌ في مذهب الشافعية إذا لم ينتظم بيت المال، وهو المفتى به عند متأخريهم ومتأخري المالكية:
«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٥٠٤)، «المغني» (٩/ ٦٢)، «مغني المحتاج» (٣/ ١٢).

(٣) «المبسوط» (٢٩/ ١٩٢)، «رد المحتار» (٦/ ٧٨٧)، «شرح السِّراجيَّة» (٤٣)، «شرح خُلاصَة الفَرائِض» (٩)، «حاشية ابن عابدين» (١٠/ ٥٠١).

(٤) في (م): «توريث».

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «أدى».

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «أدى».

(٧) قارن بـ«الاستذكار» (١٥/ ٤٨١).

(٨) قارن بـ«الاستذكار» (١٥/ ٤٨٢).

أَمَّا الْكِتَابُ:

فَقَوْلُهُ تَعَالَى: [ب/٣٩٧ظ] ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥].

وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٧].

وَاسْمُ الْقَرَابَةِ يَنْطَلِقُ عَلَى ذَوِي الْأَرْحَامِ، وَيَرَى الْمُخَالِفُ أَنَّ هَذِهِ مَخْصُوصَةٌ بِآيَاتِ الْمَوَارِيثِ.

وَأَمَّا من السُّنَّةِ(١):

فَاحْتَجُّوا بِمَا خَرَّجَهُ التِّرْمِذِيُّ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ: أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي عُبَيْدَةَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**اللهُ وَرَسُولُهُ مَوْلَى مَنْ لَا مَوْلَى لَهُ، وَالْخَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ**»(٢).

---

(١) قال النوويُّ في «شرح مسلم» (٧/ ١٥٢): «استَدَلَّ بهذا الحديث من يُوَرِّث ذوي الأرحام، وهو مذهب أبي حنيفة، وأحمد، وآخرين، ومذهب مالك، والشافعيّ، وآخرين أنهم لا يَرِثون، وأجابوا بأنه ليس في هذا اللفظ ما يقتضي توريثه، وإنما معناه أن بينه وبينهم ارتباطًا، وقرابةً، ولم يتعرض للإرث، وسياق الحديث يقتضي أن المراد أنه كالواحد منهم في إفشاء سرّهم بحضرته، ونحو ذلك، والله أعلم».

(٢) الترمذي (٢١٠٣) وحسَّنه، وأخرجه ـ أيضًا ـ النسائي في «الكبرى» (٦٣٥١)، ، وابن ماجه (٢٧٣٧)، والبزار (٢٥٣)، وابن أبي شيبة (١١/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤)، وأحمد (١/ ٢٨ و٤٦)، وابن الجارود (٩٦٤)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ٣٩٧)، وابن حِبّان (٦٠٣٧)، والطبراني في «فضل الرمي» (٦)، والدارقطني (٤/ ٨٤ ـ ٨٥)، والبيهقي (٦/ ٢١٤ و١٠/ ١٤ ـ ١٥)، كلهم من طرق، عن سفيان الثوري، عن عبد الرحمٰن بن الحارث، عن حكيم بن حكيم بن عباد بن حنيف الأنصاري، عن أبي أمامة بن سهل بن حُنَيف: أنّ رجلًا رمى رجلًا بسهم فقتله، وليس له وارث إلا خال.

فكتب في ذلك أبو عبيدة بن الجرَّاح إلى عمر رضي الله عنه فكتب أنّ النبي ﷺ قال: «**الله ورسوله مولى مَن لا مولى له، والخال وارثُ مَن لا وارث له**».

قال البزار: «وهذا الحديث لا نعلمه يُروى عن عمر إلا من هذا الوجه بهذا الإسناد، وقد روي عن غير عمر. وأحسن إسناد يُروى في ذلك عن رسول الله ﷺ هذا الإسناد عن عمر».

وَأَمَّا مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى:

فَإِنَّ الْقُدَمَاءَ مِنْ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ، قَالُوا: إِنَّ ذَوِي الْأَرْحَامِ أَوْلَى مِنَ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُمْ قَدِ اجْتَمَعَ لَهُمْ سَبَبَانِ(١): الْقَرَابَةُ، وَالْإِسْلَامُ.

فَأَشْبَهُوا تَقْدِيمَ الشَّقِيقِ عَلَى الْأَخِ لِلْأَبِ ـ أَعْنِي: أَنَّ مَنِ اجْتَمَعَ لَهُ سَبَبَانِ أَوْلَى مِمَّنْ لَهُ سَبَبٌ وَاحِدٌ.

وَأَمَّا أَبُو زَيْدٍ(٢) وَمُتَأَخِّرُو أَصْحَابِهِ: فَشَبَّهُوا الْإِرْثَ بِالْوِلَايَةِ، وَقَالُوا: [أ/ ٤٥٠و] لَمَّا كَانَتْ وِلَايَةُ التَّجْهِيزِ وَالصَّلَاةِ وَالدَّفْنِ لِلْمَيِّتِ عِنْدَ فَقْدِ أَصْحَابِ الْفُرُوضِ وَالْعَصَبَاتِ لِذَوِي الْأَرْحَامِ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ لَهُمْ وِلَايَةُ الْإِرْثِ(٣).

وَلِلْفَرِيقِ الْأَوَّلِ اعْتِرَاضَاتٌ ـ فِي هَذِهِ الْمَقَايِيسِ ـ فِيهَا ضَعْفٌ(٤)(٥)

وَإِذْ قَدْ تَقَرَّرَ هَذَا:

فَلْنَشْرَعْ فِي ذِكْرِ جِنْسٍ جِنْسٍ مِنْ أَجْنَاسِ الْوَارِثِينَ، وَنَذْكُرُ مِنْ ذَلِكَ مَا يَجْرِي مَجْرَى الْأُصُولِ مِنَ الْمَسَائِلِ الْمَشْهُورَةِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهَا وَالْمُخْتَلَفِ فِيهَا.

مِيرَاثُ الصُّلْبِ:

---

(١) في (أ): «سبيل».

(٢) هو الدَّبُوسي، مِن فقهاء الحنفية، متوفى ٤٣٠هـ.

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الوراثة». وينظر: «التجريد»، للقدوري: (٨/ ٣٩١١ ـ ٣٩١٦)، «المبسوط»، للسرخسي: (٣٠/ ٢ ـ ٥).

(٤) قال الترمذيُّ في «الجامع» (٦/ ٢٨٣): «العمل عند أهل العلم في هذا الباب إذا مات الرجل ولم يترك عصَبَة أن ميراثه يُجعل في بيت مال المسلمين».

(٥) زاد في (م): «وَأَصلُ مَا عَوَّلُوا عَلَيْهِ: أَنَّهُ لَا يَقْتَرِنُ ذَوُو الْأَرْحَامِ مِنَ الْوَارِثِينَ ـ فِي الْبُعْدِ، مَعْ أَصْلَيْهِ الَّذِينَ هم من الْأَبِ وَالْأُمِّ.
وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَفْرِقُ إِلَّا بِالذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ بِالأولَى:
مِثْلَ الْخَالِ، فَإِنَّهُ مِنَ الْأُمِّ كَالْعَمِّ.
وَالْقِسْمُ الثَّانِي: مِثْلَ الْعَمَّةِ، فَإِنَّهُ لَا تَخَالُفَ إِلَّا فِي الذُّكُورِيَّةِ فَقَطْ، وَكَذَلِكَ ابْنَةُ الْعَمِّ وَبِنْتُ الْأَخِ». اهـ.
وهي عبارة ليست في سائر النسخ، لم يظهر لي وجهها على التمام!

٢٤٧٣ أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَنَّ مِيرَاثَ الْوَلَدِ مِنْ وَالِدِهِمْ وَوَالِدَتِهِمْ إِنْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا مَعًا: هُوَ أَنَّ لِلذَّكَرِ مِنْهُمْ مِثْلَ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ(١)، وَأَنَّ الِابْنَ الْوَاحِدَ إِذَا انْفَرَدَ فَلَهُ جَمِيعُ الْمَالِ(٢)، وَأَنَّ الْبَنَاتِ إِذَا انْفَرَدْنَ فَكَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ(٣)، وَإِنْ كُنَّ ثَلَاثًا فَمَا فَوْقَها فَلَهُنَّ الثُّلُثَانِ(٤).

٢٤٧٤ وَاخْتَلَفُوا فِي الِاثْنَتَيْنِ:

فَذَهَبَ الْجُمْهُورُ إِلَى أَنَّ لَهُمَا الثُّلُثَيْنِ(٥).

---

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٠)، وابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٧٩)، وفِي «المحلى» (٨/ ٢٨٦)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (١٥/ ٣٨٩)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٨)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ٥٥)، والقرطبي فِي «الجامع لأحكام القرآن» (٦/ ١٠١)، والنووي في «روضة الطالبين» (٣١/ ١٩٦).

(٢) حكى الإجماع: النووي في «روضة الطالبين» (٦/ ١٣)، والشربيني في «مغني المحتاج» (٣/ ١٣).

(٣) حكى الإجماع: ابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٧٩)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٤)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ١٤)، والبهوتي في «كشاف القناع» (٤/ ٣٥٤).

(٤) حكى الإجماع: ابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٧٩)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٤)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ١٢).

(٥) قال ابن عبد البر فِي «جامع بيان العلم وفضله» (٢/ ٨٧٣): «وَأَجْمَعُوا عَلَى تَوْرِيثِ الْبِنْتَيْنِ الثُّلُثَيْنِ قِيَاسًا عَلَى الْأُخْتَيْنِ».

قال الحافظ ابن رجب في «جامع العلوم والحكم» (٣/ ١١٨٤): «وإنَّما أشكل على العلماء حكمُ ميراث البنتين، فإنَّ لهما الثلثين بالإجماع، كما حكاه ابنُ المنذر وغيره.

وما حُكي فيه عن ابن عباس أنَّ لهما النِّصفُ:

فقد قيل: إنَّ إسنادَه لا يَصِحُّ، والقرآن يدلُّ على خلافه، حيث قال: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾ [النساء: ١١]، فكيف تُورث أكثر من واحدة النصف؟

وحديثُ ابن مسعود في توريث البنت النصف وبنت الابن السدس تكملة الثلثين يدلُّ على توريث البنتين الثلثين بطريق الأولى.

وخرَّج الإمامُ أحمد: ١٤٧٩٨، وأبو داود: ٢٨٩١، والترمذي: ٢٠٩٢، من حديث جابر، أنَّ النَّبيَّ ﷺ ورَّث ابنتي سعد بن الربيع الثلثين. =

وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ: لِلْبِنْتَيْنِ النِّصْفُ[(١)].

وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ:

تَرَدُّدُ الْمَفْهُوم فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١] هَلْ حُكْمُ الِاثْنَتَيْنِ الْمَسْكُوتُ عَنْهُ يَلْحَقُ بِحُكْمِ الثَّلَاثَةِ[(٢)] أَوِ الْوَاحِدَةِ؟

[م/٢٥٣ظ] وَالْأَظْهَرُ مِنْ بَابِ دَلِيلِ الْخِطَابِ: أَنَّهُمَا لَاحِقَانِ بِحُكْمِ الْوَاحِدَةِ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ الْمَشْهُورَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ مِثْلُ قَوْلِ الْجُمْهُورِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللهِ [ب/٣٩٨و] بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَقِيلٍ، عَنْ (جابر بْنِ عَبْدِ اللهِ)[(٣)]: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى الْبِنْتَيْنِ الثُّلُثَيْنِ»[(٤)].

= ولكنْ أشكل فهمُ ذلك من القرآن، لقوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ﴾، فلهذا اضطربَ الناسُ في هذا، وقال كثيرٌ من الناس فيه أقوالًا مستبعدةً». انتهى.

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٣٨٩)، «المغني» (٩/ ١٢).

قال ابن عبد البر: «وما أعلم في هذا خلافًا بين علماء المسلمين، إلا رواية شاذة لم تصح عن ابن عباس، أنه قال: للاثنتين النصف، كما للبنت الواحدة حتى تكون البنات أكثر من اثنتين، فيكون لهن الثلثان.

وهذه الرواية منكرة عند أهل العلم قاطبة، كلهم ينكرها، ويدفعها: ما رواه ابن شهاب، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، عن ابن عباس. أنه جعل للبنتين الثلثين.

وعلى هذا جماعة الناس».

(٢) في (م): «الثلاث».

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «حاتم بن عبد الله، وجابر».

(٤) أخرجه أبو داود (٢٨٩٢)، والترمذي (٢٠٩٢)، وابن ماجه (٢٧٢٠)، وأحمد (٣/ ٣٥٢)، وأبو يعلى (٢٠٣٩)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ٣٩٥)، وابن أبي حاتم في «تفسيره» (٤٩٣٠، ٤٨٩٢)، والخطابي في «معالم السُّنن» (٣/ ٣١٥)، والدارقطني (٤/ ٧٩)، والحاكم (٤/ ٣٣٣ ـ ٣٣٤ و٣٤٢)، والبيهقي (٦/ ٢١٦)، وفي «الصغرى» (٢٢٨٦)، وابن عبد البر في «التمهيد» (٢٤/ ٩٦ ـ ٩٧)، من طريق =

قَالَ ـ فِيمَا أَحْسبُ ـ أَبُو عُمَرَ: وَعَبْدُ اللهِ بْنُ عَقِيلٍ: قَدْ قَبِلَ جَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ حَدِيثَهُ وَخَالَفَهُمْ آخَرُونَ[١].

وَسَبَبُ الِاتِّفَاقِ[٢] فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ:

قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ﴾ [النساء: ١١] إِلَى قَوْلِهِ: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ۚ﴾ [النساء: ١١].

٢٤٧٥ **وَأَجْمَعُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ عَلَى أَنَّ بَنِي الْبَنِينَ يَقُومُونَ مَقَامَ الْبَنِينَ عِنْدَ فَقْدِ الْبَنِينَ؛ يَرِثُونَ كَمَا يَرِثُونَ، وَيَحْجُبُونَ كَمَا يَحْجُبُونَ[٣]، إِلَّا شَيْءٌ رُوِيَ عَنْ مُجَاهِدٍ[٤] أَنَّهُ قَالَ: وَلَدُ الِابْنِ لَا يَحْجُبُونَ الزَّوْجَ مِنَ النِّصْفِ إِلَى الرُّبُعِ، كَمَا يَحْجُبُ الْوَلَدُ نَفْسَهُ وَلَا الزَّوْجَةَ مِنَ الرُّبْعِ إِلَى الثُّمُنِ، وَلَا الْأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى السُّدُسِ.

٢٤٧٦ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِبَنَاتِ الِابْنِ مِيرَاثٌ مَعَ بَنَاتِ الْمُتَوَفَّى إِذَا اسْتَكْمَلَ بَنَاتُ الْمُتَوَفَّى الثُّلُثَيْنِ[٥].

٢٤٧٧ **وَاخْتَلَفُوا** [أ/ ٤٥٠ظ] إِذَا كَانَ مَعَ[٦] بَنَاتِ الِابْنِ ذَكَرٌ ابْنُ ابْنٍ فِي مَرْتَبَتِهِنَّ[٧] أَوْ أَبْعَدَ مِنْهُنَّ:

= عبد الله بن محمد بن عقيل بن أبي طالب، عن جابر به.
قال الترمذيُّ: «هذا حديث صحيح لا نعرفه إلا من حديث عبد الله بن محمد بن عقيل».
قال ابنُ الملقن في «البدر» (٧/ ٢١٣): «هَذَا الحَدِيث صَحِيح».

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٣٩٠). (٢) يعني: مستند الإجماع.

(٣) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩١)، وابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٨٣)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (١٥/ ٣٩٤)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ١٠)، وابن حجر في «فتح الباري» (١٢/ ١٦).

(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٣٩٤).

(٥) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٢).

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «في».

(٧) في (م): «مرتبتين».

فَقَالَ جُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ: إِنَّهُ يُعَصِّبُ بَنَاتِ الِابْنِ فِيمَا فَضَلَ عَنْ بَنَاتِ الْمُتَوَفَّى فَيُقَسِّمُونَ الْمَالَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ، وَبِهِ قَالَ عَلِيٌّ رضي الله عنه وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ مِنَ الصَّحَابَةِ(١).

وَذَهَبَ أَبُو ثَوْرٍ(٢) وَدَاوُدُ(٣): أَنَّهُ إِذَا اسْتَكْمَلَ الْبَنَاتُ الثُّلُثَيْنِ أَنَّ الْبَاقِيَ لِابْنِ الِابْنِ (دُونَ بَنَاتِ ابْنِ الِابْنِ)(٤) كُنَّ فِي مَرْتَبَةٍ وَاحِدَةٍ مَعَ الذَّكَرِ أَوْ فَوْقَهُ أَوْ دُونَهُ.

وَكَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ يَقُولُ فِي هَذِهِ: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَاصِلُ لِلنِّسَاءِ أَكْثَرَ مِنَ السُّدُسِ فَلَا يُعْطَى إِلَّا السُّدُسَ(٥).

(وَعُمْدَةُ(٦) الْجُمْهُورِ:

قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] وَأَنَّ وَلَدَ الْوَلَدِ وَلَدٌ مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى.

وَأَيْضًا ـ لَمَّا كَانَ ابْنُ الِابْنِ يُعَصِّبُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِ فِي جُمْلَةِ الْمَالِ، فَوَجب أَنْ يُعَصِّبَ فِي الْفَاضِلِ مِنَ الْمَالِ)(٧).

وَعُمْدَةُ دَاوُدَ وَأَبِي ثَوْرٍ: حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ، عن النَّبِيِّ ﷺ أنه قَالَ: «**اقْسِمُوا(٨) الْمَالَ بَيْنَ أَهْلِ الْفَرَائِضِ عَلَى كِتَابِ اللهِ عز وجل، فَمَا أَبْقَتِ الْفَرَائِضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ**»(٩).

وَاحْتَجَّ [ب/٣٩٨ظ] أَيْضًا أَنَّ بِنْتَ الِابْنِ لَمَّا لَمْ تَرِثْ مُفْرَدَةً مِنَ الْفَاضِلِ

---

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٣٩٤). (٢) «الاستذكار» (١٥/ ٣٩٤).
(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٣٩٥)، «المحلى» (٨/ ١٣٣).
(٤) من (م). (٥) «الاستذكار» (١٥/ ٣٩٤).
(٦) من هنا يبدأ خرم في (م).
(٧) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (م).
(٨) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «اقتسموا».
(٩) أخرجه البخاري (٦٧٣٢)، ومسلم (١٦١٥).

عَنِ الثُّلُث[١] كَانَ أَحْرَى أَنْ لَا تَرِثَ مَعَ غَيْرِهَا.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

تَعَارُضُ الْقِيَاسِ وَالنَّظَرِ فِي التَّرْجِيحِ.

وَأَمَّا قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ: فَمَبْنِيٌّ عَلَى أَصْلِهِ فِي أَنَّ بَنَاتِ الِابْنِ لَمَّا كُنَّ لَا يَرِثْنَ مَعَ عَدَمِ الِابْنِ أَكْثَرَ مِنَ السُّدُسِ لَمْ يَجِبْ لَهُنَّ مَعَ الْغَيْرِ أَكْثَرُ مِمَّا[٢] وَجَبَ لَهُنَّ مَعَ الِانْفِرَادِ.

وَهِيَ حُجَّةٌ[٣] قَرِيبَةٌ مِنْ حُجَّةِ دَاوُدَ.

وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ ذَكَرَ وَلَدِ الِابْنِ يُعَصِّبُهُنَّ كن فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَطْرَفَ مِنْهُنَّ[٤].

وَشَذَّ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ فَقَالَ: لَا يُعَصِّبُهُنَّ إِلَّا إِن كن فِي مَرْتَبَتِهِ[٥].

٢٤٧٨ وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّهُ إِذَا تَرَكَ الْمُتَوَفَّى (بِنْتًا لِصُلْبٍ)[٦]، وَبِنْتَ ابْنٍ أَوْ بَنَاتِ ابْنٍ لَيْسَ مَعَهُنَّ ذَكَرٌ، أَنَّ لِبَنَاتِ الِابْنِ السُّدُسَ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ، وَخَالَفَتِ الشِّيعَةُ فِي ذَلِكَ فَقَالَتْ: لَا تَرِثُ بِنْتُ الِابْنِ مَعَ الْبِنْتِ شَيْئًا، كَالْحَالِ فِي ابْنِ الِابْنِ (مَعَ الِابْنِ)[٧][٨].

٢٤٧٩ فَالِاخْتِلَافُ فِي بَنَاتِ الِابْنِ فِي مَوْضِعَيْنِ: مَعَ بَنِي الِابْنِ، وَمَعَ الْبَنَاتِ فِيمَا دُونَ الثُّلُثَيْنِ وَفَوْقَ النِّصْفِ.

---

(١) في (أ): «الثلثين».
(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ما».
(٣) بيض مكانها في (م).
(٤) قال ابن قدامة في «المغني» (٩/ ١٤): «ولا أعلم في هذا خلافًا بين القائلين بتوريث بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين».
«الاختيار» (٥/ ٨٨ ـ ٨٩)، «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٧٨٤)، «الذخيرة» (١٣/ ٤٦)، «نهاية المطلب» (٩/ ٥٥)، «الحاوي الكبير» (٨/ ١٠٣)، «روضة الطالبين» (٦/ ١٣)، «المغني» (٩/ ١٣ ـ ١٤)، «كشاف القناع» (٤/ ٣٥٥).
(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٤٠١).
(٦) في (أ): «بنت الصلب».
(٧) من (م).
(٨) «الاستذكار» (١٥/ ٤٠١).

(أ) فَالْمُتَحَصِّلُ فِيهِنَّ:

إِذَا كُنَّ مَعَ بَنِي الِابْنِ [أ/٤٥١و] أَنَّهُ قِيلَ: يَرِثْنَ.

وَقِيلَ: لَا يَرِثْنَ.

وَإِذَا قِيلَ: يَرِثْنَ - قِيلَ يَرِثْنَ (تَعْصِيبًا.

وَقِيلَ: لا يَرِثْنَ تَعْصِيبًا)[١]، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِنَ السُّدُسِ.

وَإِذَا قِيلَ: يَرِثْنَ - قِيلَ أَيْضًا إِذَا كَانَ ابْنُ الِابْنِ فِي دَرَجَتِهِنَّ.

وَقِيلَ كَيْفَمَا كَانَ.

(ب) وَالْمُتَحَصِّلُ فِي وِرَاثَتِهِنَّ مَعَ عَدَمِ ابْنِ الِابْنِ فِيمَا فَضَلَ عَنِ النِّصْفِ إِلَى تَكْمِلَةِ الثُّلُثَيْنِ:

قِيلَ: يَرِثْنَ.

وَقِيلَ: لَا يَرِثْنَ.

مِيرَاثُ الزَّوْجَاتِ:

٢٤٨٠ **وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى أَنَّ مِيرَاثَ الرَّجُلِ[٢] مِنِ امْرَأَتِهِ إِذَا لَمْ تَتْرُكْ وَلَدًا وَلَا وَلَدَ ابْنٍ: النِّصْفُ، ذَكَرًا كَانَ الْوَلَدُ أَوْ أُنْثَى[٣]، إِلَّا مَا ذَكَرْنَا عَنْ مُجَاهِدٍ، وَأَنَّهَا إِنْ تَرَكَتْ [م/ ٢٥٤و] وَلَدًا فَلَهُ الرُّبُعُ[٤].

وَأَنَّ مِيرَاثَ الْمَرْأَةِ مِنْ زَوْجِهَا إِذَا لَمْ يَتْرُكْ وَلَدًا وَلَا وَلَدَ ابْنٍ: الرُّبُعُ، فَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا أَوْ وَلَدَ ابْنٍ فَالثُّمُنُ.

---

(١) في (م): «تعصيبًا مطلقًا، وقيل يرثن تعصيبًا».

(٢) في (م): «الزوج».

(٣) حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٢)، وابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٧٨)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٤)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (١٥/ ٤٠٢)، والقرطبي فِي «الجامع لأحكام القرآن» (٦/ ١٢٦)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ٢١)، والنووي في «روضة الطالبين» (٦/ ٨ ـ ٩).

(٤) سبق تخريجه.

وَأَنَّهُ لَيْسَ يَحْجُبُهُنَّ أَحَدٌ عَنِ الْمِيرَاثِ وَلَا يَنْقُصُهُنَّ أَحَدٌ إِلَّا الْوَلَدُ(١)، وَهَذَا لِوُرُودِ النَّصِّ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢] الْآيَةَ.

مِيرَاثُ الْأَبِ وَالْأُمِّ(٢):

(أ) **وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى أَنَّ الْأَبَ [ب/٣٩٩و] إِذَا انْفَرَدَ كَانَ لَهُ جَمِيعُ الْمَالِ.

وَأَنَّهُ إِذَا انْفَرَدَ الْأَبَ والأم كَانَ لِلْأُمِّ الثُّلُثُ(٣) وَلِلْأَبِ الْبَاقِي(٤)، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١].

(ب) وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ فَرْضَ الْأَبَوَيْنِ مِنْ مِيرَاثِ ابْنِهِمَا(٥) إِذَا كَانَ لِلِابْنِ

---

(١) حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٢)، وابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٨١)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٤)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (١٥/ ٤٠٢)، والقرطبي فِي «الجامع لأحكام القرآن» (٦/ ١٢٦)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ٢١)، والنووي في «روضة الطالبين» (٦/ ٨ ـ ٩)، وابن حجر في فتح الباري (١٢/ ٢٠).

(٢) في (م): «والأعمام».

(٣) قال ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٦): «وأجمعوا على أن الأبوين إذا ورثاه أن للأب الثلثين، وللأم الثلث».

وقال ابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٧٩): «واتفقوا في الأبوين إذا لم يكن هنالك وارث غيرهما أن للأب الثلثين، وللأم الثلث».

قال ابن عابدين: «لأن المراد من قوله تعالى: ﴿فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ ثلث ما ورثه الأبوان، سواء كان جميع المال أو بعضه، للأدلة المذكورة في المطولات، فالثلث هنا ـ وإن صار في الحقيقة ربع جميع المال أو سدسه، إلا أن الأدب التعبير به؛ تبركًا بلفظ القرآن، وتباعدًا عن إيهام المخالفة». «حاشية رد المحتار» (٦/ ٧٧٣).

(٤) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٦)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (١٥/ ٤٠٥)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ١٩ ـ ٢٠).

(٥) في (م): «ابنتيهما».

وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ: (السُّدُسَانِ؛ أَعْنِي: لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)[١] السُّدُسَ[٢]، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌۚ﴾ [النساء: ١١].

٢٤٨١ وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ الْوَلَدَ هُوَ الذَّكَرُ دُونَ الْأُنْثَى.

وَخَالَفَهُمْ فِي ذَلِكَ مَنْ شَذَّ[٣].

٢٤٨٢ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الْأَبَ لَا يُنْقَصُ مَعَ ذَوِي الْفَرَائِضِ مِنَ السُّدُسِ وَلَهُ مَا زَادَ[٤].

٢٤٨٣ **وَأَجْمَعُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ عَلَى أَنَّ الْأُمَّ يَحْجُبُهَا الْإِخْوَةُ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى السُّدُسِ[٥]، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ [النساء: ١١].

٢٤٨٤ **وَاخْتَلَفُوا** فِي أَقَلِّ مَا يَحْجُبُ الْأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى السُّدُسِ مِنَ الْإِخْوَةِ[٦]:

فَذَهَبَ عَلِيٌّ وَابْنُ مَسْعُودٍ[٧] إِلَى أَنَّ الْإِخْوَةَ الْحَاجِبِينَ هُمَا اثْنَانِ فَصَاعِدًا.

---

(١) لا يخفى ما في هذه العبارة من إقحام، يستغنى عنه.

(٢) حكى الإجماع على ذلك: ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٥)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ٢٠).

(٣) خالف في ذلك مجاهد؛ فهو يرى أن الأم لا تحجب عن الثلث إلى السدس بولد الابن.
«الاستذكار» (١٥/ ٣٩٤)، «الحاوي الكبير» (٨/ ٩٨).

(٤) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٦)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤٠٧)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ١٨).

(٥) حكى الإجماع: ابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٧٩)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (١٥/ ٤٠٩)، والسرخسي في «المبسوط» (٢٩/ ١٤٤)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ١٨)، والقرطبي فِي «الجامع لأحكام القرآن» (٥/ ٦٣).

(٦) قال ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٥): «ويحجب الأم خاصة من الثلث إلى السدس: الاثنان فصاعدًا من الإخوة والأخوات، من أي جهة كانوا.... وكله بجميع أحكامه التي ذكرناها، إجماع من الأئمة ﵃ إلا ما بيَّناه».

(٧) «الاستذكار» (١٥/ ٤٠٨).

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[(١)].

وَذَهَبَ ابْنُ عَبَّاسٍ إِلَى أَنَّهُمْ ثَلَاثَةٌ فَصَاعِدًا[(٢)]، وَأَنَّ الِاثْنَيْنِ[(٣)] لَا يَحْجُبَانِ الْأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ [أ/ ٤٥١ظ] إِلَى السُّدُسِ[(٤)].

وَالْخِلَافُ آيِلٌ إِلَى أَقَلِّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ [الْجَمْعِ[(٥)].

فَمَنْ قَالَ: أَقَلُّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْجَمْعِ عَلَى ثَلَاثَةٍ، قَالَ: الْإِخْوَةُ الْحَاجِبُونَ ثَلَاثَةٌ فَمَا فَوْقُ.

(وَمَنْ قَالَ: أَقَلُّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمَ الْجَمْعِ اثْنِانِ، قَالَ: اثْنَانِ. أَعْنِي فِي)[(٦)(٧)] قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ﴾ [النساء: ١١].

٢٤٨٥ **وَلَا خِلَافَ** أَنَّ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى يَدْخُلَانِ تَحْتَ اسْمِ الْإِخْوَةِ فِي الْآيَةِ، وَذَلِكَ عِنْدَ الْجُمْهُورِ.

وَقَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ: لَا أَنْقُلُ الْأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى السُّدُسِ بِالْأَخَوَاتِ الْمُنْفَرِدَاتِ[(٨)].

---

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٠٨)، «التفريع» (٢/ ٣٤٢).
(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٠٨).
(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الابنين».
(٤) أخرجه الطبري في تفسيره (٤/ ٣٤٥) وفيه: شعبة مولى ابن عباس، وهو ضعيف.
(٥) من هنا يبدأ خرم في (أ).
(٦) كذا في (م)، وفي (ب): «ومن قال اثنان، قال: أقل ما ينطلق عليه اسم الإخوة هما اثنان، أعني»، وفي المطبوع: «وَمَنْ قَالَ: أَقَلُّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْجَمْعِ اثْنَانِ قَالَ: الْإِخْوَةُ الْحَاجِبُونَ هُمَا اثْنَانِ أَعْنِي فِي».
(٧) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (أ).
(٨) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤٠٩): «وقال بعض المتأخرين ممن لا يعد خلافًا على المتقدمين، لا أنقل الأم من الثلث إلى السدس بأختين ولا بأخوات منفردات؛ حتى يكون معهما أو مع إحداهما أخ؛ لأن الأختين والأخوات لا يتناولهما اسم الإخوة منفردات.
وهذا شذوذ، ولا يعرج عليه، ولا يلتفت إليه؛ لأن الصحابة رضوان الله عليهم، قد =

لِأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّهُ لَيسَ يَنْطَلِقُ عَلَيْهِنَّ اسْمُ الْإِخْوَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَخٌ لِمَوْضِعِ تَغْلِيبِ الْمُذَكَّرِ عَلَى الْمُؤَنَّثِ، إِذِ اسْمُ الْإِخْوَةِ هُوَ جَمْعُ أَخٍ، وَالْأَخُ مُذَكَّرٌ[(١)].

٢٤٨٦ وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِيمَنْ يَرِثُ السُّدُسَ الَّذِي تُحْجَبُ عَنْهُ الْأُمُّ بِالْإِخْوَةِ، وَذَلِكَ إِذَا تَرَكَ الْمُتَوَفَّى أَبَوَيْنِ وَإِخْوَةً:

فَقَالَ [ب/ ٣٩٩ظ] الْجُمْهُورُ: ذَلِكَ السُّدُسُ لِلْأَبِ مَعَ الْأَرْبَعَةِ الْأَسْدَاسِ[(٢)].

وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ[(٣)]: أَنَّ ذَلِكَ السُّدُسَ لِلْإِخْوَةِ الَّذِينَ حَجَبُوا، وَلِلْأَبِ الثُّلُثَانِ؛ لِأَنَّهُ لَيسَ فِي الْأُصُولِ مَنْ يَحْجُبُ وَلَا يَأْخُذُ مَا حُجِبَ إِلَّا الْإِخْوَةُ مَعَ الْآبَاءِ.

وَضَعَّفَ قَوْمٌ الْإِسْنَادَ بِذَلِكَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَقَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ هُوَ الْقِيَاسُ.

٢٤٨٧ وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي الَّتِي تُعْرَفُ بِالْغَرَّاوَيْنِ - وَهِيَ فِيمَنْ تَرَكَ زَوْجَةً وَأَبَوَيْنِ، أَوْ زَوْجًا وَأَبَوَيْنِ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ[(٤)]: فِي الْأُولَى لِلزَّوْجَةِ الرُّبُعُ، وَلِلْأُمِّ ثُلُثُ مَا بَقِيَ، وَهُوَ (الرُّبُعُ[(٥)] مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَلِلْأَبِ مَا بَقِيَ وَهُوَ النِّصْفُ.

وَقَالُوا فِي الثَّانِيَةِ: لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ ثُلُثُ مَا بَقِيَ وَهُوَ السُّدُسُ مِنْ

= صرفوا اسم الإخوة عن ظاهره إلى اثنين، وذلك لا يكون منهم رأيًا، وإنما هو توقيف عن من يجب التسليم له، والله أعلم».

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ذكر».

(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤١٠).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٣١٥٨٦).

(٤) «المبسوط» (٢٩/ ١٤٦ - ١٤٧)، «الاختيار لتعليل المختار» (٥/ ٩٠)، «حاشية رد المحتار» (٦/ ٧٧٢ - ٧٧٣)، «مواهب الجليل» (٨/ ٥٨٧)، «الحاوي الكبير» (٨/ ٩٩)، «مغني المحتاج» (٣/ ١٤٢)، «الإنصاف» (٧/ ٣٠٨).

(٥) من هنا يبدأ خرم في (أ).

رَأْسِ الْمَالِ، وَلِلْأَبِ مَا بَقِيَ وَهُوَ السُّدُسَانِ)[١][٢]، وَهُوَ قَوْلُ زِيدٍ[٣]، وَالْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلِ عَلِيٍّ - رضي الله عنه[٤].

وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ فِي **الْأُولَى**: لِلزَّوْجَةِ الرُّبُعُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ[٥]، وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ مِنْهُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهَا ذَاتُ فَرْضٍ، وَلِلْأَبِ مَا بَقِيَ لِأَنَّهُ عَاصِبٌ.

وَقَالَ أَيْضًا فِي **الثَّانِيَةِ**: لِلزَّوْجِ النِّصْفُ، وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ؛ لِأَنَّهَا ذَاتُ فَرْضٍ مُسَمًّى، وَلِلْأَبِ مَا بَقِيَ، وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ الْقَاضِي[٦]، وَدَاوُدُ[٧]، وَابْنُ سِيرِينَ[٨] وَجَمَاعَةٌ.

---

(١) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (أ).

(٢) قال ابن قدامة في «المغني» (٩/ ٢٣): «وإذا كان زوج وأبوان، أعطي الزوج النصف، والأم ثلث ما بقي، وما بقي فللأب. وإذا كانت زوجة وأبوان، أعطيت الزوجة الربع، والأم ثلث ما بقي، وما بقي فللأب) هاتان المسألتان تسمَّيان العمريتين؛ لأن عمر رضي الله عنه قضى فيهما بهذا القضاء، فاتبعه على ذلك عثمان، وزيد بن ثابت، وابن مسعود، وروي ذلك عن علي وبه قال الحسن، والثوري ومالك، والشافعي، رضي الله عنهم، وأصحاب الرأي.. وجعل ابن عباس رضي الله عنهما ثلث المال كله للأم في المسألتين.. والحجة معه لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على مخالفته».

(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٤١٠).

(٤) وردت روايتان عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه: أخرجهما البيهقي في «السُّنن الكبرى» (٦/ ٢٢٨).

الأولى: يوافق فيها ابن عباس، والثانية: يوافق فيها الجماعة.

ورجح ابن كثير في «تفسيره» روايته مع الجماعة، فقال (٢/ ٢٢٧): «أصح الروايتين عن علي - رضي الله عنه».

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٣١٥٨٢) ولكنه فصَّل، فقال كقول الجماعة في زوج وأبوين، وكقول ابن عباس رضي الله عنهما في امرأة وأبوين.

(٦) «الاستذكار» (١٥/ ٤١٠). (٧) «المحلى» (٨/ ١٥٢).

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة (٣١٥٨٦).

قال السرخسي في «المبسوط» (٢٩/ ١٤٧): «وحجَّتنا في ذلك: قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، معناه: فلأمه ثلث ما ورثه أبواه، إذ لو لم يحمل على هذا صار قوله: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾ فصلًا خاليًا عن الفائدة، وقد كان يحصل =

= البيان بقوله: فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث، كما قال تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾ [النساء: ١١] فلما قال هنا: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾ [النساء: ١١]، عرفنا أنه إنما جعل لها ميراث الأبوين، وميراث الأبوين ما بقي بعد نصيب الزوج والزوجة.

يوضحه: أنه علَّق إيجاب الثلث لها بشرطين: أحدهما: عدم الولد، والآخر: أن يكون الوارث أبوين فقط، لأن قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١] شرط، وقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾ عطف على شرط، والمعطوف على الشرط شرط، والمتعلق بشرطين كما ينعدم بانعدامهما ينعدم بانعدام أحدهما، فبهذا يتبين أن ثلث جميع التركة لها غير منصوص في هذه الحالة، فوجب المصير إلى هذا المعنى المعقول، وهو أن الأبوين في الأصول كالابن والبنت في الفروع، لأن سبب وراثة الذكر والأنثى واحد، وكل واحد منهما متصل بالميت بغير واسطة، ثم لا يجوز تفضيل البنت على الابن ولا التسوية بينهما في الفروع، بل يكون للأنثى مثل نصف نصيب الذكر فكذلك في الأصول».

قال الموصلي في «الاختيار» (٥/ ٩٠): «ولأنَّا لو أعطيناها ثلث الكل أدّى إلى تفضيل الأنثى على الذكر مع استوائهما في سبب الاستحقاق والقرب وأنه خلاف الأصول».

• الجواب عن أدلة ابن عباس رضي الله عنه:

أولًا: يجاب عن الآية: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] الآية، أن معنى قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، هو أن لها ثلث ما ورثاه سواء كان جميع المال أو بعضه، وذلك لأنه لو أريد ثلث الأصل لكفى في البيان أن يقال: فإن لم يكن له ولد فلأمه الثلث»، كما قال تعالى في حق البنات: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾، بعد قوله: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ فيلزم أن يكون قوله: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾ خاليًا عن الفائدة.

فإن قيل: نحمله على أن الوراثة لهما فقط.

فالجواب: ليس في العبارة دلالة على حصر الإرث فيهما، وإن سلم: فلا دلالة في الآية حينئذٍ على صورة النزاع أصلًا، لا نفيًا ولا إثباتًا، فيرجع فيها إلى أن الأبوين في الأصول كالابن والبنت في الفروع، لأنَّ السبب في وراثة الذكر والأنثى واحد، وكل واحد منهما يتصل بالميت بلا واسطة، فيجعل ما بقي من فرض أحد الزوجين بينهما أثلاثًا، كما في حق الابن والبنت، وكما في حق الأبوين إذا انفردا بالإرث، فلا يزيد نصيب الأم على نصف نصيب الأب، كما يقتضيه القياس. =

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ الْأَبَ وَالْأُمَّ لَمَّا كَانَا إِذَا انْفَرَدَا بِالْمَالِ كَانَ لِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَلِلْأَبِ الْبَاقِي، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْحَالُ كَذَلِكَ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ، وكَأَنَّهُمْ رَأَوْا أَنْ (يَكُونَ مِيرَاثُ الْأُمِّ أَكْثَرَ مِنْ مِيرَاثِ الْأَبِ)(١) خُرُوجًا عَنِ الْأُصُولِ(٢).

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الْآخَرِ**: أَنَّ الْأُمَّ ذَاتُ فَرْضٍ مُسَمًّى وَالْأَبَ عَاصِبٌ، وَالْعَاصِبُ [أ/ ٤٥٢و] لَيْسَ(٣) لَهُ فَرْضٌ مَحْدُودٌ مَعَ ذِي الْفُرُوضِ، بَلْ يَقِلُّ وَيَكْثُرُ.

٢٤٨٨ وَمَا عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ [م/ ٢٥٤ظ] مِنْ طَرِيقِ التَّعْلِيلِ أَظْهَرُ.

= «انفرادات ابن عباس» (ص٢٤١ ـ ٢٤٢).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣١/ ٣٤٥): «وليس في كتاب الله إعطاؤها الثلث مطلقًا، فكيف يعطيها مع الزوجين الثلث؟ بل في كتاب الله ما يمنع إعطاؤها الثلث مع الأب وأحد الزوجين، فإنه لو كان ذلك كان يقول: فإن لم يكن له ولد فلأمه الثلث، فإنها على هذا التقدير تستحق الثلث مطلقًا، فلما خص الثلث ببعض الحال، علم أنها لا تستحق مطلقًا، فهذا مفهوم المخالفة الذي يسمى دليل الخطاب يدل على بطلان قول من أعطاها الثلث إلا في العمريتين، ولا وجه لإعطائها الثلث مع مخالفته للإجماع».

ثانيًا: ويجاب عن الحديث: «**ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر**»، من **ثلاثة أوجه**:

أولًا: إن إعطاء الأم ثلث الباقي هو مقتضى هذا الحديث؛ لأن الباقي بعد أحد الزوجين بمنزلة التركة كاملة فتعطى ثلثه.

ثانيًا: إنه عام يخصَّص بقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١].

ثالثًا: يخصَّص أيضًا بإجماع الصحابة على إعطاء الأم ثلث الباقي في هاتين المسألتين.

فإن قيل: كيف تقولون الإجماع، وقد خالف ابن عباس رضي الله عنهما؟

الجواب: إن إجماع الصحابة قد انعقد قبل خلاف ابن عباس.

ثالثًا: أما عن القياس فقالوا: إنه قياس مع الفارق، لأن الأب مساو للأم في الدرجة، بخلاف الجد فإنه أبعد منها.

«انفرادات ابن عباس» (ص٢٤٣).

(١) ما بين القوسين ليس في (م). (٢) في (م): «الأصل».

(٣) في (م): «لهن».

(وَمَا عَلَيْهِ الْفَرِيقُ الثَّانِي مَعَ عَدَمِ(١) التَّعْلِيلِ أَظْهَرُ)(٢).

وَأَعْنِي بِالتَّعْلِيلِ هَاهُنَا: أَنْ يَكُونَ أَحَقُّ(٣) سَبَبَيِ الْإِنْسَانِ أَوْلَى بِالْإِيثَارِ - أَعْنِي: الْأَبَ مِنَ الْأُمِّ. [ب/ ٤٠٠و]

مِيرَاثُ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ:

٢٤٨٩ وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ إِذَا انْفَرَدَ الْوَاحِدُ مِنْهُمْ، أَنَّ لَهُ السُّدُسَ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى.

وَأَنَّهُمْ إِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدٍ، فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ عَلَى السَّوِيَّةِ(٤)، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَى(٥) سَوَاءً(٦).

٢٤٩٠ وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُمْ لَا يَرِثُونَ مَعَ أَرْبَعَةٍ وَهُو(٧):

الْأَبُ وَالْجَدُّ أب الْأَب وَإِنْ عَلَا، وَالْبَنُونَ ذُكْرَانُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ، وَبَنُو الْبَنِينَ وَإِنْ سَفُلُوا ذُكْرَانُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ، وَهَذَا كُلُّهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ﴾ [النساء: ١٢] الْآيَةَ، وَذَلِكَ: أَنَّ الْإِجْمَاعَ

---

(١) في (ب): «عموم».
(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٣) في (أ): «أحد».
(٤) في (م): «السواء».
(٥) في (أ): «الأنثيين».
(٦) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٣)، وابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٨٣)، وفِي «المحلى» (٨/ ٢٨٦)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (١٥/ ٤١٣)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ٥٥)، والقرطبي فِي «الجامع لأحكام القرآن» (٦/ ١٢٦)، وابن حجر في «فتح الباري» (١٢/ ١٢).
وخالف في هذه المسألة: ابن عباس رضي الله عنهما، فقد روي عنه رضي الله عنهما أنه قال: «إنهم يقتسمون الثلث: للذكر مثل حظ الأنثيين قياسًا على ولد الأب والأم».
وقد ذكر الماوردي في «الحاوي الكبير» (٨/ ١٠٥)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٥٥)، أن هذه الرواية شاذة عن ابن عباس رضي الله عنهما.
قال ابن قدامة: «أما التسوية بين ولد الأم؛ فلا نعلم فيه خلافًا إلا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الأنثى».
(٧) في المطبوع: «وهم».

انْعَقَدَ عَلَى أَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَذِهِ الْآيَةِ (هُمُ الإِخْوَةُ لِلْأُمِّ فَقَطْ[١])»[٢].

وَقَدْ قُرِئَ: ﴿وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ مِنْ أُمِّهِ﴾»[٣].

٢٤٩١ وَكَذَلِكَ أَجْمَعُوا ـ فِيمَا أَحْسَبُ ـ هَاهُنَا عَلَى أَنَّ الْكَلَالَةَ هِيَ (فَقْدُ الْأَصْنَافِ)[٤] الْأَرْبَعَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا مِنَ النَّسَبِ[٥] ـ أَعْنِي: الْآبَاءَ وَالْأَجْدَادَ وَالْبَنِينَ وَبَنِي الْبَنِينَ.

مِيرَاثُ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ أَوْ لِلْأَبِ:

---

(١) حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٣)، وابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٧٦)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٥)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ٧)، وشيخ الإسلام ابن تيمية فِي «مجموع ابن تيمية» (٣١/ ١٥٩)، والشربيني في «مغني المحتاج» (٤/ ١٣٧).

(٢) في (م): «مع الإخوة فقط».

(٣) وهي قراءة سعد بن أبي وقاص: «تفسير سعيد بن منصور» (١٧٩)، «تفسير الطبري» (٦/ ٤٨٣)، «أحكام القرآن»، لابن الفرس (٢/ ٩٦)، «البحر المحيط» (٣/ ٥٤٧).

(٤) مكانها بياض في (م).

(٥) حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٣)، وابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص١٧٥)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (١٥/ ٤٦٤)، وابن كثيرٍ في «تفسيره» (١/ ٦٠٧)، والقرطبي فِي «الجامع لأحكام القرآن» (٦/ ١٢٦).
وأما ما ورد عن عمر وابن عباس ﵃ خلاف قول الجماهير من الصحابة ومن بعدهم فلا يصح عنهم.
قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤٦٤): «ومما يدل على فساد رواية من روى عن ابن عباس في الكلالة أنه من لا ولد له فقط، وأنه ورَّث الإخوة للأب من كانوا مع الأب إذا لم يكن ولد: أنه لم يختلف عنه في أن الجدات تحجب بها الإخوة، وأن الأم لا يحجبها عن الثلث إلى السدس إلا ثلاثة من الإخوة فصاعدًا، فجيء على قوله هذا في امرأة خلفت من الورثة زوجًا، وأبوين، وأخوين أن للزوج النصف وللأم الثلث، وللأب السدس، ويسقط الإخوة؛ لأن الأب لا يحجبه البنون عن السدس فكيف يحجبه عنه الإخوة؟ هذا لا يصحُّ عن ابن عباس من جهة الرواية، ولا من جهة القياس على أصله الذي لم يختلف عليه فيه».
قال ابن قدامة في «المغني» (٩/ ٧): «والصحيح عنهما كقول الجمهور».

٢٤٩٢ **وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى أَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ أَوْ لِلْأَبِ فَقَطْ يَرِثُونَ فِي الْكَلَالَةِ أَيْضًا[(١)].

أَمَّا الْأُخْتُ إِذَا انْفَرَدَتْ: فَإِنَّ لَهَا النِّصْفَ.

وَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ: فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ، كَالْحَالِ فِي الْبَنَاتِ.

وَأَنَّهُمْ إِنْ كَانُوا رِجَالًا ذُكُورًا وَإِنَاثًا فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ كَحَالِ الْبَنِينَ مَعَ الْبَنَاتِ، وَهَذَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ﴾ [النساء: ١٧٦] الآية.

إِلَّا أَنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي **مَعْنَى الْكَلَالَةِ** هُنَا فِي أَشْيَاءَ، وَاتَّفَقُوا مِنْهَا فِي أَشْيَاءَ يَأْتِي ذِكْرُهَا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

فَمِنْ ذَلِكَ:

٢٤٩٣ أَنَّهُمْ أَجْمَعُوا مِنْ[(٢)] هَذَا الْبَابِ عَلَى أَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ ذُكْرَانًا كَانُوا أَوْ إِنَاثًا أَنَّهُمْ لَا يَرِثُونَ مَعَ الْوَلَدِ الذَّكَرِ شَيْئًا[(٣)]، وَلَا مَعَ وَلَدِ الْوَلَدِ، وَلَا مَعَ الْأَبِ شَيْئًا[(٤)][(٥)].

٢٤٩٤ وَاخْتَلَفُوا فِيمَا سِوَى ذَلِكَ، **فَمِنْهَا**:

---

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٣)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٦)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٥/ ٧٦)، وشيخ الإسلام ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣١/ ٣٣٩).

(٢) في (م): «في».

(٣) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٤)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٧٦)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤٦٣)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٥)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٦)، والنووي في «روضة الطالبين» (٦/ ٢٧)، وابن حجر في «فتح الباري» (١٢/ ٢٥).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «دينا».

(٥) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٤)، وابن حزم في «المحلى» (٨/ ١٦٨)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ١٧).

[٢٤٩٤/أ] أَنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي مِيرَاثِ الْإِخْوَةِ[١] لِلْأَبِ وَالْأُمِّ مَعَ الْبِنْتِ أَوِ الْبَنَاتِ:

فَذَهَبَ الْجُمْهُورُ[٢] إِلَى أَنَّهُم عُصْبَةٌ يُعْطَوْنَ مَا فَضَلَ [ب/٤٠٠ظ] عَنِ الْبَنَاتِ، وَذَهَبَ دَاوُدُ بْنُ عَلِيٍّ الظَّاهِرِيُّ[٣] وَطَائِفَةٌ إِلَى أَنَّ الْأُخْتَ لَا تَرِثُ مَعَ الْبِنْتِ شَيْئًا.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ فِي هَذَا: حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ [أ/٤٥٢ظ] أَنَّهُ قَالَ فِي ابْنَةٍ وَابْنَةِ ابْنٍ وَأُخْتٍ: **«إِنَّ لِلْبِنْتِ النِّصْفَ، وَلِابْنَةِ الِابْنِ السُّدُسَ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأُخْتِ»**[٤].

وَأَيْضًا مِنْ جِهَةِ النَّظَرِ:

لَمَّا أَجْمَعُوا عَلَى تَوْرِيثِ الْإِخْوَةِ مَعَ الْبَنَاتِ، فَكَذَلِكَ الْأَخَوَاتُ[٥].

وَعُمْدَةُ الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ:

ظَاهِرُ[٦] قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنِ امْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ﴾ [النساء: ١٧٦]، فَلَمْ يَجْعَلْ لِلْأُخْتِ شَيْئًا إِلَّا مَعَ عَدَمِ الْوَلَدِ.

[٢٤٩٤/ب] وَالْجُمْهُورُ حَمَلُوا اسْمَ الْوَلَدِ هَاهُنَا عَلَى الذُّكُورِ دُونَ الْإِنَاثِ.

[٢٤٩٤/ج] وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ مِنْ هَذَا الْبَابِ (عَلَى أَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ)[٧] وَالْأُمِّ

---

(١) في (م): «الأخت».
(٢) «المبسوط» (٢٩/ ١٥٢)، «الاستذكار» (١٥/ ٤١٨)، «الذخيرة» (١٣/ ٣٤ - ٣٥)، «نهاية المطلب» (٩/ ٣٤)، «المغني» (٩/ ٩)، «الروض المربع» (٦/ ١١٥).
(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٤١٨)، «المحلى» (٨/ ١٦٨).
(٤) أخرجه البخاريُّ (٦٧٣٦).
(٥) حكى الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٨٠)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤١٩)، والزيلعي في «تبيين الحقائق» (٧/ ٤٨٤)، وابن حجر في «فتح الباري» (١٢/ ٢٥).
(٦) من (م).
(٧) ليست في (ب).

يَحْجُبُونَ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ عَنِ الْمِيرَاثِ؛ قِيَاسًا عَلَى بَنِي الْأَبْنَاءِ مَعَ بَنِي الصُّلْبِ(١).

قَالَ أَبُو عُمَرَ (بْنُ عَبْدِ الْبَرِّ(٢)(٣)): وَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ فِي حَدِيثٍ حَسَنٍ، مِنْ رِوَايَةِ الْآحَادِ الْعُدُولِ، عَنْ عَلِيٍّ ﷺ قَالَ: «قَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنَّ أَعْيَانَ بَنِي الْأُمِّ يَتَوَارَثُونَ دُونَ بَنِي الْعَلَّاتِ»(٤).

[٢٤٩٤/د] وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ إِذَا اسْتَكْمَلْنَ الثُّلُثَيْنِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ مَعَهُنَّ شَيْءٌ؛ كَالْحَالِ فِي (بَنَاتِ الِابْنِ مَعَ بَنَاتِ الصُّلْبِ)(٥)(٦).

---

(١) حكى الإجماع على ذلك: ابن حزم فِي «المحلى» (٨/ ٢٨٦)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٧)، وشيخ الإسلام ابن تيمية في «الفتاوى» (٣١/ ٢١٢)، وابن حجر في «فتح الباري» (١٢/ ٧٢).

(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٧). (٣) من (م).

(٤) أخرجه الشافعي في «الأم» (٥/ ٢١٧)، وفي «السُّنن المأثورة» (٥٤١)، والمروزي في «السُّنَّة» (٢٦٤)، وعبد الله بن المبارك في «مسنده» (١٧٦)، والحميدي (٥٥) و(٥٦)، الطيالسي (١٧٩)، والترمذي (٢٠٩٤)، وابن ماجه (٢٧١٥)، وعبد الرزاق (١٩٠٠٣)، وابن أبي شيبة (٢٩٥٤٠)، (٣٢٠٨٥)، وأحمد (١/ ١٣١)، والبزار (٨٣٩)، وأبو يعلى (٣٠٠، ٦٢٥)، وابن الجارود (٩٥٠)، والدارقطني (٤١٢٤)، والحاكم ٤/ ٣٣٦، والبيهقي (٦/ ٢٣٢)، والطبري (٦/ ٤٦٩)، من طريق أبي إسحاق، عن الحارث، عن عليٍّ به.
قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلَّا من حديث أبي إسحاق، عن الحارث، عن علي، وقد تكلم بعض أهل العلم في الحارث».
وقال البيهقي: «امتناع أهل الحديث عن إثبات هذا؛ لتفرد الحارث الأعور بروايته عن علي - ﷺ، والحارث لا يحتج بخبره؛ لطعن الحفَّاظ فيهِ».
وقال الشافعي في «الأم» (٥/ ٢١٧ ط: الوفاء): «وقد رُوي في تبدئة الدَّين قبل الوصية حديثٌ عن النبيِّ ﷺ لا يُثبت أهل الحديث مثله...».

(٥) كذا في (م). وفي (أ): «بنت الصلب مع بنت الابن»، وفي (ب): «بنت الصلب مع بني الأب».

(٦) حكى الإجماع: ابن المنذر فِي «الإجماع» (ص٩١)، والماوردي في «الحاوي» (٨/ ١٠٠)، والبغوي في «شرح السُّنَّة» (٨/ ٣٣٤ - ٣٣٥)، وابن هُبَيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٨)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ١٣). =

(وَأَنَّهُ إِنْ كَانَتِ الْأُخْتُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ وَاحِدَةً: فَلِلْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ مَا كَانَ بَقِيَّةَ الثُّلُثَيْنِ وَهُوَ السُّدُسُ)[١].

٢٤٩٥ وَاخْتَلَفُوا إِذَا كَانَ مَعَ الْأَخَوَاتِ لِلْأَبِ ذَكَرٌ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ[٢]: يُعَصِّبُهُنَّ وَيَقْتَسِمُونَ الْمَالَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ، كَالْحَالِ فِي بَنَاتِ الِابْنِ مَعَ بَنَاتِ الصُّلْبِ.

= **نعم، خالف في هذه المسألة:** ابن مسعود ﵁ كما في «سنن سعيد بن منصور» (١٨)، وعلقمة، وأبو ثور، وداود وابن حزم في «المحلى» (٩/ ٢٧١)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ١٢ ـ ١٣)، حيث ذهبوا إلى أن ابن الابن لا يعصب أخته سواءٌ كانت في درجته أو أعلى منه إذا استكملن البنات الصلبيات الثلثين، وأنه لا شيء لبنات الابن.
بل حكى ابن حزم الإجماع عليه، حيث قال في «المحلى» (٨/ ٢٩٠): «فإن ترك ابنتين وبنات ابن، وعمًّا وابن عم، أو أخًا وابن أخ؛ فللبنتين الثلثان، ويكون ما بقى للعم، أو لابن العم، أو للأخ، أو لابن الأخ، ولا شيء لبنات الابن، وهذا كله نص وإجماع متيقن».
وقال في «مراتب الإجماع» (ص١٨٤): «واتفقوا فيمن ترك ثلاث بنات، وابن ابن، وبنات ابن، أن الثلثين للبنات، وأن ابن الابن وارث وإن سفل، واختلفوا هل معه بنات الولد ممن في درجته أو أعلى منه أم لا».
• واحتج المخالفون بما يلي:
الأول: عن ابن عباس ﵄، قال رسول الله ﷺ: **«ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي؛ فهو لأولى رجل ذكر»**.
• وجه الاستدلال: أنه أفاد أن ما بقي بعد استكمال أصحاب الفروض، أنه لأولى رجل ذكر، ولم يرد للأنثى ذِكر.
الثاني: أن الحجة فيه؛ كالحجة في الإخوة والأخوات للأب مع الأخت والأخوات الشقائق سواءً بسواءً حرفًا بحرف.
«موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي» (٨/ ٤٩٤).

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإشراف» (٤/ ٣٩٢)، وابن حزم في «المحلى» (٨/ ٢٨٩)، والبغوي في «شرح السُّنَّة» (٤/ ٤٥٥)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ١٦).

(٢) «المبسوط» (٢٩/ ١٥٦)، «حاشية رد المحتار» (٦/ ٧٧٢)، «الاختيار لتعليل المختار» (٥/ ٩١)، «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٩)، «الحاوي الكبير» (٨/ ١٠٦)، «المغني» (٩/ ١٦)، «كشاف القناع» (٤/ ٣٥٥).

وَاشْتَرَطَ مَالِكٌ أَنْ يَكُونَ فِي دَرَجَتِهِنَّ.

وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: إِذَا اسْتَكْمَلَ الْأَخَوَاتُ الشَّقَائِقُ الثُّلُثَيْنِ، فَالْبَاقِي لِلذُّكُورِ مِنَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ دُونَ الْإِنَاثِ(١)، [م/ ٢٥٥و] وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ(٢).

وَخَالَفَهُ دَاوُدُ(٣) فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، مَعَ مُوَافَقَتِهِ لَهُ فِي مَسْأَلَةِ بَنَاتِ الصُّلْبِ وفي الْبَنِينَ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَكْمِلْنَ الثُّلُثَيْنِ، فَلِلذَّكَرِ عِنْدَهُ مِنْ بَنِي الْأَبِ)(٤)(٥).

وَأَدِلَّةُ الْفَرِيقَيْنِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ هِيَ تِلْكَ الْأَدِلَّةُ بِأَعْيَانِهَا.

٢٤٩٦ وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْإِخْوَةَ(٦) لِلْأَبِ يَقُمْنَ مَقَامَ الْإِخْوَةِ(٧) لِلْأَبِ وَالْأُمِّ عِنْدَ فَقْدِهِمْ، كَالْحَالِ فِي بَنِي الْبَنِينَ مَعَ الْبَنِينَ(٨)، وَأَنَّهُ إِذَا كَانَ مَعَهُنَّ ذَكَرٌ عَصَّبَهُنَّ، يَبْدَأُ بِمَنْ لَهُ فَرْضٌ مُسَمًّى، ثُمَّ يَرِثُونَ الْبَاقِيَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ كَالْحَالِ فِي الْبَنِينَ؛ إِلَّا فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ، وَهِيَ الَّتِي تُعْرَفُ **بِالْمُشْتَرَكَةِ**(٩)،

---

(١) «سنن سعيد بن منصور» (١٨).

(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٩)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ١٦).

(٣) «المحلى» (٨/ ٢٩٠).

(٤) ما بين القوسين من (م).

(٥) زاد في المطبوع: «مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَاصِلُ لِلنِّسَاءِ أَكْثَرَ مِنَ السُّدُسِ، كَالْحَالِ فِي بِنْتِ الصُّلْبِ مَعَ بَنِي الِابْنِ»، وبه يكتمل المعنى.

(٦) في (أ): «الأخوات».

(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الأخوات».

(٨) حكى الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٨٣)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤١٥)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ١٧)، والنووي في «روضة الطالبين» (٦/ ٢٧).

(٩) قال العلامة ابن القيم في «إعلام الموقعين» (٢/ ١٢٧ ـ ١٢٩): «وقد دلَّ القرآن على اختصاص ولَدِ الأم فيها بالثلث، بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ۚ﴾ [النساء: ١٢] وهؤلاء ولد الأم، فلو أدخلنا معهم ولد الأبوين لم يكونوا شركاء في الثلث بل يزاحمهم فيه غيرهم، فإن قيل: بل وَلَدُ الأبوين منهم، إلغاء لقرابة الأب، قيل: هذا وهم، لأن الله سبحانه قال في أول الآية: ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ﴾ [النساء: ١٢]، ثم قال: ﴿فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ =

= مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ [النساء: ١٢]، فذَكَرَ حُكمَ واحدهم وجماعتهم حكمًا يختص به الجماعة منهم كما يختص به واحدُهُم، وقال في ولد الأبوين: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌاْ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌۚ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَۚ وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۗ﴾ [النساء: ١٧٦]، فذكر حكم ولد الأب والأبوين واحدُهُم وجماعتهم، وهو حكم يختص به جماعتهم كما يختص به واحدهم فلا يشاركهم فيه غيرُهُم، فكذا حكم ولد الأم، وهذا يدل على أن أحد الصِّنفين غيرُ الآخر، فلا يشارك أحدُ الصنفين الآخر، وهذا الصنف الثاني هو ولد الأبوين أو الأب بالإجماع، والأول هو ولد الأم بالإجماع، كما فسَّرته قراءةُ بعض الصحابة: «من أم» وهي تفسيرٌ وزيادةُ إيضاح، وإلا فذلك معلوم من السياق، ولهذا ذكر سبحانه ولد الأم في آية الزوجين، وهم أصحاب فرض مُقَدَّر لا يخرجون عنه، ولا حَظَّ لأحد منهم في التعصيب، ولم يذكر فيها أحدًا من العصبة، بخلاف ذكر في آية العمودين الآية التي قبلها؛ فإن لجنسهم حظًّا في التعصيب، ولهذا قال في آية الإخوة من الأم والزوجين: ﴿غَيْرَ مُضَآرٍّۚ﴾ [النساء: ١٢] ولم يقل ذلك في آية العمودين، فإن الإنسان كثيرًا ما يَقْصِدُ ضِرَار الزوجين وولد الأم لأنهم ليسوا من عصبته، بخلاف أولاده وآبائه فإنه لا يضَارهم في العادة، فإذا كان النص قد أعطى ولد الأم الثلث لم يجز تنقيصهم منه، وأما ولد الأبوين فهم جنس آخر وهم عصبته، وقد قال النبي ﷺ: «**أَلحِقُوا الفرائضَ بأهلها، فما بقي فلأَوْلى رَجلٍ ذَكَر**» وفي هذه المسألة لم تُبْقِ الفرائضُ شيئًا، فلا شيء للعصبة بالنَّص، وأما قول القائس: «هَبْ أن أبانا كان حمارًا» فقول باطل حسًّا وشرعًا، فإن الأبَ لو كان حمارًا لكانت الأم أتانًا، وإذا قيل: يُقدَّر وجوده كعدمه، قيل: هذا باطل، فإن الموجود لا يكون كالمعدوم، وأما بطلانه شرعًا فإن الله سبحانه حكم في ولد الأبوين بخلاف حكمه في ولد الأم.

فإن قيل: الأب إن لم ينفعهم لم يضرهم.

قيل: بل قد يضرهم كما ينفعهم، فإن ولد الأم لو كان واحدًا وولد الأبوين مئة وفَضَل نصفُ سدس انفرد ولد الأم بالسُّدُس، واشترك ولد الأبوين في نصف السدس، فهلَّا قبلتم قولَهم ههنا: هَبْ أن أبانا كان حمارًا؟ وهلَّا قدَّرتم الأب مَعْدُومًا فخرجتم عن القياس كما خرجتم عن النص، وإذا جاز أن ينقصهم الأبُ جاز أن يحرمهم، وأيضًا فالقرابة المتصلة الملتئمة من الذكر والأنثى لا تفرق أحكامها، هذه قاعدة النسب في الفرائض وغيرها، فالأخ من الأبوين لا نجعله كأخ من أب وأخ من أم فنعطيه السدس فرضًا بقرابة الأم والباقي تعصيبًا بقرابة الأب. =

فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فِيهَا، وَهِيَ امْرَأَةٌ تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجَهَا وَأُمَّهَا وَإِخْوَتَهَا[١] لِأُمِّهَا وَإِخْوَتَهَا[٢] لِأَبِيهَا وَأُمِّهَا:

فَكَانَ عُمَرُ، وَعُثْمَانُ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، يُعْطُونَ الزوج النِّصْفَ والأم السُّدُسَ والإخوة لِلْأُمِّ الثُّلُثَ، فَيَسْتَغْرِقُونَ الْمَالَ، فَيَبْقَى الْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ بِلَا شَيْءٍ، فَكَانُوا يُشْرِكُونَ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ فِي الثُّلُثِ [ب/٤٠١و] مَعَ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ.

= فإن قيل: فقد فرقتم بين القرابتين، فقلتم في ابني عم أحدهما أخ لأم: يُعطى الأخ للأم بقرابة الأم السدسَ ويقاسم ابن العم بقرابة العمومة.

قيل: نعم هذا قول الجمهور، وهو الصواب، وإن كان شُرَيْح ومَنْ قال بقوله، أعطى الجميع لابن العم الذي هو أخ لأم، كما لو كان ابن عم لأبوين، والفرقُ بينهما على قول الجمهور أن كليهما في بُنوَّة العم سواء، وأما الإخوة للأم فمستقلة ليست مقترنة بأبوة حتى تُجعل كابن العم للأبوين، فههنا قرابة الأم منفردة عن قرابة العمومة، بخلاف قرابة الأم في مسألتنا فإنها متحدة بقرابة الأب.

ومما يبين أن عدم التشريك هو الصحيح أنه لو كان فيها أخوات لأب لفرض لهنَّ الثلثان وعالَت الفريضة، فلو كان معهن أخوهن سَقَطْنَ به، ويُسمَّى الأخ المشئوم، فلما كنَّ بوجوده يَصِرْن عصبة صار تارة ينفعهن، وتارة يضرهن ولم يجعل وجوده كعدمه في حال الضرار فكذلك قرابة الأب لما صار الإخوة بها عَصَبة صار ينفعهم تارة ويضرهم أخرى، وهذا شأن العَصَبة فإن العَصَبة تارة تحُوزُ المالَ وتارة تحوز أكثره وتارة تحوز أقله وتارة تَخيبُ؛ فمن أعطى العصبة مع استغراق الفروض المال خرج عن قياس الأصول وعن موجب النص.

فإن قيل: فهذا استحسان.

قيل: لكنه استحسان يخالف الكتاب والميزان، فإنه ظلمٌ للإخوة من الأم حيث يؤخذ حقهم ويُعطاه غيرهم، وإن كانوا يَعقِلُون عن الميت ويُنفِقون عليه لم يلزم من ذلك أن يشاركوا مَنْ لا يعقل ولا يُنفق في ميراثه، فعاقلة المرأة ـ من أعمامها وبني عمِّها وإخوتها ـ يعقلون عنها، وميراثها لزوجها وولدها كما قضى بذلك رسول الله ﷺ، فلا يمتنع أن يعقل ولدُ الأبوين ويكون الميراثُ لولد الأم».

(١) في (أ): «وأختها».

(٢) في (م): «وأختها».

وَبِالتَّشْرِيكِ، قَالَ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ: مَالِكٌ(١) وَالشَّافِعِيُّ(٢) وَالثَّوْرِيُّ(٣).

وَكَانَ عَلِيٌّ(٤)، وَأُبَيُّ بْنُ كَعْبٍ(٥)، وَأَبُو مُوسَى الْأَشْعَرِيُّ(٦) لَا يُشْرِكُونَهم فِي الثُّلُثِ فِي هَذِهِ الْفَرِيضَةِ، وَلَا يُوجِبُونَ لَهُمْ شَيْئًا فِيهَا.

وَقَالَ بِهِ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ: أَبُو حَنِيفَةَ(٧)، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى(٨)، [أ/ ٥٥٣و] وَأَحْمَدُ(٩)، وَأَبُو ثَوْرٍ(١٠)، ....

---

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٢٤).
(٢) «مختصر المزني» (ص١٨٧)، «الحاوي» (٨/ ١٠٥)، «فتح العزيز بشرح الوجيز» (٦/ ٤٦٧)، «المجموع» (١٧/ ١٥٢، ١٦٥)، «رَوضَة الطَّالِبِين» (٦/ ١٤)، «شرح الرحبية»، لسبط المارديني (٩٤ ـ ٩٥)، «الفوائد الشنشورية» (٩٢).
(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٤٢٤).
(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٢٤).
رُوي عن عليٍّ ﷺ عدم التشريك: أخرجه عبد الرَّزاق: (١٠/ ٢٥١، رقم: ١٩٠١٠)، وسعيد بن منصور فِي «سننه» (١/ ٤١)، وابن أبي شيبة (٧/ ٣٣٥)، والدارمي (٤١٢)، والبيهقي (٦/ ٢٥٥ ـ ٢٥٦).
ورُوي عنه التشريك: أخرجه سعيد بن منصور فِي «سننه» (١/ ٤٠ ـ ٤١)، والحاكم (٥/ ٤٨١).
(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٤٢٤).
(٦) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٤٢)، وابن أبي شيبة (٧/ ٣٣٦)، والبيهقي (٦/ ٢٥٧).
وانظر: «الاستذكار» (١٥/ ٤٢٤).
(٧) «المبسوط» (٢٩/ ١٥٤)، «تبيين الحقائق» (٦/ ٢٣٧).
(٨) «الاستذكار» (١٥/ ٤٢٤).
(٩) «الإنصاف» (١٨/ ٣٤٠)، «العذب الفائض» (١/ ١٠١).
(١٠) «الاستذكار» (١٥/ ٤٢٤)، «الإشراف»، لابن المنذر (٤/ ٣٣٢)، وهو اختيار ابن المنذر.
ورُوي عن زيد ﷺ التشريك: أخرج ذلك: عبد الرَّزاق (١٠/ ٢٥١ رقم: ١٩٠٠٩)، والحاكم (٥/ ٤٨١)، والدارمي (٤١٢)، والبيهقي (٦/ ٢٥٦).
ورُوي عنه عدم التشريك: أخرج ذلك: سعيد بن منصور (١/ ٤١)، وابن أبي شيبة (٧/ ٣٣٦)، والبيهقي (٦/ ٢٥٦).
انظر: «التلخيص في الفرائض» (١/ ١٥٥).

وَدَاوُدُ[١] وَجَمَاعَةٌ.

وَحُجَّةُ الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ:

أَنَّ الْإِخْوَةَ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ يُشَارِكُونَ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ فِي الْأُمِّ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَنْفَرِدُوا دُونَهُن[٢]؛ لِأَنَّهُم[٣] إِذَا اشْتَرَكُوا فِي السَّبَبِ[٤] (الَّذِي يُوَرَّثُونَ بِهِ وَجَبَ أَنْ)[٥] يَشْتَرِكُوا فِي الْمِيرَاثِ.

وَحُجَّةُ الْفَرِيقِ الثَّانِي:

أَنَّ الْإِخْوَةَ الشَّقَائِقَ عَصَبَةٌ، فَلَا شَيْءَ لَهُمْ إِذَا أَحَاطَتِ الْفَرَائِضُ بِالْمِيرَاثِ[٦].

وَعُمْدَتُهُمْ:

اتِّفَاقِ الْجَمِيعِ عَلَى أَنَّ مَنْ تَرَكَ زَوْجًا وَأُمًّا وَأَخًا وَاحِدًا لِأُمٍّ وَإِخْوَةً شَقَائِقَ عَشَرَةً أَوْ أَكْثَرَ، أَنَّ الْأَخَ لِلْأُمِّ يَسْتَحِقُّ هَاهُنَا السُّدُسَ كَامِلًا، وَالسُّدُسُ الْبَاقِي بَيْنَ الْبَاقِينَ مَعَ أَنَّهُمْ مُشَارِكُونَ لَهُ فِي الْأُمِّ[٧].

= وذكر البيهقي أنَّ الرواية الصحيحة عن زيد بن ثابت ﵁ هي التشريك، والرواية الأخرى بعدم التشريك تفرَّد بها محمد بن سالم، وليس بقوي.
انظر: «السُّنن الكبرى» (٦/ ٢٥٦ ـ ٢٥٧).

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٢٤).
(٢) في (أ): «دونهم».
(٣) في (م): «لأنه».
(٤) في (م): «السدس».
(٥) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).
(٦) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤٢٥): «ومما يبين لك الحجة لهم في ذلك: قول الجميع في زوج، وأم، وأخ لأم، وعشرة إخوة أو نحوهم لأب وأم، أنَّ الأخ للأم يستحق السدس كاملًا، والسدس الباقي بين الإخوة من الأب والأم، فنصيب كل واحد منهم أقل من نصيب الأخ للأم، ولم يستحقوا بمساواتهم الأخ للأم في قرابة الأم أن يساووه في الميراث، وكذلك لا ينبغي أن يكون الحكم في مسألة مشتركة».
(٧) حكى الإجماع: ابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ٥٥)، والقرافي فِي «الذخيرة» (١٣/ ٦٠)، وقال: «ولو تركت زوجًا وأمًّا وأخًا لأم وعشرة إخوة للأب وللأم؛ =

فَسَبَبُ الِاخْتِلَافِ فِي أَكْثَرِ مَسَائِلِ الْفَرَائِضِ: هُوَ تَعَارُضُ الْمَقَايِيسِ، وَاشْتِرَاكُ الْأَلْفَاظِ فِيمَا فِيهِ نَصٌّ.

مِيرَاثُ الْجَدِّ:

٢٤٩٧ **وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ** عَلَى أَنَّ الْأَبَ يَحْجُبُ الْجَدَّ وَأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْأَبِ عِنْدَ عَدَمِ (الْبَنِينَ[١] مَعَ)[٢] الْبَنِينَ، وَأَنَّهُ عَاصِبٌ مَعَ ذَوِي الْفَرَائِضِ[٣].

٢٤٩٨ وَاخْتَلَفُوا هَلْ يَقُومُ مَقَامَ الْأَبِ فِي حَجْبِ الْإِخْوَةِ الشَّقَائِقِ، أَوْ حَجْبِ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ؟

فَذَهَبَ ابْنُ عَبَّاسٍ[٤]، وَأَبُو بَكْرٍ[٥] رضي الله عنهما وَجَمَاعَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَحْجُبُهُمْ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٦]، وَأَبُو ثَوْرٍ[٧]، وَالْمُزَنِيُّ[٨]، وَابْنُ شُرَيح مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ[٩]، وَدَاوُدُ[١٠] وَجَمَاعَةٌ.

[٢٤٩٨/أ] وَاتَّفَقَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ[١١]، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ[١٢]، وَابْنُ مَسْعُودٍ[١٣] عَلَى تَوْرِيثِ الْإِخْوَةِ مَعَ الْجِدِّ[١٤].

= لكان للزوج النصف، وللأم السدس، وللأخ للأم السدس، وللعشرة سدس بإجماعٍ، ولا يُسَوَّى بينهم؛ فبطَل القول بملاحظة أمومتهم واشتراكهم فيها».

(١) في المطبوع: «الأب».
(٢) من (م).
(٣) حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٦)، والماوردي في «الحاوي» (٨/ ٩٤)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٦/ ١١٤)، والبهوتي في «كشاف القناع» (٤/ ٣٥١).
(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٦).
(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٦).
(٦) «المبسوط» (٢٩/ ١٨٢)، «الاختيار» (٥/ ١٠١).
(٧) «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٦).
(٨) «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٦).
(٩) «الحاوي الكبير» (٨/ ٩٤).
(١٠) «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٦).
(١١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٦).
(١٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٦).
(١٣) «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٦).
(١٤) قاله ابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٦).

إِلَّا أَنَّهُمُ اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ ذَلِكَ، عَلَى مَا أَقُولُهُ بَعْدُ.

وَعُمْدَةُ مَنْ جَعَلَ الْجَدَّ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ:

اتِّفَاقُهُمَا فِي الْمَعْنَى؛ أَعْنِي: مِنْ قِبَلِ أَنَّ كِلَيْهِمَا أَبٌ لِلْمَيِّتِ وَمِن اتِّفَاقِهِمَا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ الَّتِي أَجْمَعُوا عَلَى اتِّفَاقِهِمَا فِيهَا، حَتَّى إِنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ:

مَا[١] يَتَّقِي اللهَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يَجْعَلُ ابْنَ الِابْنِ ابْنًا، وَلَا يَجْعَلُ أَبَ الْأَبِ أَبًا[٢].

[٢٤٩٨/ب] وَقَدْ **أَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّهُ مِثْلُهُ فِي أَحْكَامٍ أُخَرَ سِوَى الْفَرْضِ[٣]:

مِنْهَا: أَنَّ شَهَادَتَهُ لِحَفِيدِهِ كَشَهَادَةِ الْأَبِ له، وَأَنَّه يَعْتِقُ عَلَى حَفِيدِهِ كَمَا يَعْتِقُ الْأَبُ عَلَى الِابْنِ، وَأَنَّهُ لَا يُقْتَصُّ لَهُ مِنْ جَدِّهِ كَمَا لَا يُقْتَصُّ لَهُ مِنْ أَبِيهِ[٤].

وَعُمْدَةُ مَنْ وَرَّثَ الْأَخَ مَعَ الْجَدِّ: أَنَّ الْأَخَ أَقْرَبُ إِلَى الْمَيِّتِ مِنَ الْجَدِّ؛ لِأَنَّ الْجَدَّ أَبُو أَبِي الْمَيِّتِ، وَالْأَخَ [ب/٤٠١ظ] ابْنُ أَبِي الْمَيِّتِ، وَالِابْنُ أَقْرَبُ مِنَ الْأَبِ.

وَأَيْضًا - فَمَا أَجْمَعُوا عَلَيْهِ مِنْ أَنَّ ابْنَ الْأَخِ يُقَدَّمُ عَلَى الْعَمِّ، وَهُوَ يُدْلِي بِالْأَبِ، وَالْعَمُّ يُدْلِي بِالْجَدِّ[٥].

فَسَبَبُ [أ/٤٥٣ظ] **الْخِلَافِ** تَعَارُضُ الْقِيَاسِ فِي هَذَا [م/٢٥٥ظ] الْبَابِ.

[٢٤٩٨/ج] فَإِنْ قِيلَ:

---

(١) في المطبوع: «أما».

(٢) أخرجه سعيد بن منصور (١/ ٤٦، رقم: ٤٦).

(٣) في (م): «الفرائض».

(٤) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٢).

(٥) حكى الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٨٣)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٩).
ورد خلاف في هذه المسألة حيث روي عن ابن عمر أنه جعل المال للعم دون ابن الأخ. «مراتب الإجماع» (ص١٨٣).

فَأَيُّ الْقِيَاسَيْنِ[١] أَرْجَحُ بِحَسَبِ النَّظَرِ الشَّرْعِيِّ؟

قُلْنَا:

قِيَاسُ مَنْ سَاوَى بَيْنَ الْأَبِ وَالْجَدِّ؛ فَإِنَّ الْجَدَّ أَبٌ فِي الْمَرْتَبَةِ الثَّانِيَةِ أَوِ الثَّالِثَةِ، كَمَا أَنَّ ابْنَ الِابْنِ ابْنٌ فِي الْمَرْتَبَةِ الثَّانِيَةِ أَوِ الثَّالِثَةِ، وَإِذَا لَمْ يَحْجُبِ الِابْنُ الْجَدَّ وَهُوَ يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ، فَالْجَدُّ يَجِبُ أَنْ يَحْجُبَ مَنْ يَحْجُبُ الِابْنُ، وَالْأَخُ لَيْسَ بِأَصْلٍ لِلْمَيِّتِ وَلَا فَرْعٍ، وَإِنَّمَا هُوَ مُشَارِكٌ لَهُ فِي الْأَصْلِ، وَالْأَصْلُ أَحَقُّ بِالشَّيْءِ مِنَ الْمُشَارِكِ لَهُ فِي الْأَصْلِ، وَالْجَدُّ لَيْسَ هُوَ أَصْلًا لِلْمَيِّتِ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ بَلْ هُوَ أَصْلُ أَصْلِهِ، (وَالْأَخُ يَرِثُ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ فَرْعٌ لِأَصْلِ الْمَيِّتِ، فَالَّذِي هُوَ أَصْلٌ)[٢] لِأَصْلِهِ أَوْلَى مِنَ الَّذِي هُوَ فَرْعٌ لِأَصْلِهِ، وَلِذَلِكَ لَا مَعْنَى لِقَوْلِ مَنْ قَالَ إِنَّ الْأَخَ يُدْلِي بِالْبُنُوَّةِ، وَالْجَدَّ يُدْلِي بِالْأُبُوَّةِ، فَإِنَّ الْأَخَ لَيْسَ ابْنًا لِلْمَيِّتِ وَإِنَّمَا هُوَ ابْنُ أَبِيهِ، وَالْجَدُّ أَبُو الْمَيِّتِ، وَالْبُنُوَّةُ إِنَّمَا هِيَ أَقْوَى فِي الْمِيرَاثِ مِنَ الْأُبُوَّةِ فِي الشَّخْصِ الْوَاحِدِ بِعَيْنِهِ أَعْنِي: الْمَوْرُوثَ.

وَأَمَّا الْبُنُوَّةُ الَّتِي تَكُونُ لِأَبِ مَوْرُوثٍ، فَلَيْسَ يَلْزَمُ أَنْ تَكُونَ فِي حَقِّ الْمَوْرُوثِ أَقْوَى مِنَ الْأُبُوَّةِ الَّتِي لِأَبِ الْمَوْرُوثِ؛ لِأَنَّ الْأُبُوَّةَ الَّتِي هِيَ لِأَبِ الْمَوْرُوثِ هِيَ أُبُوَّةٌ مَا لِلْمَوْرُوثِ أَعْنِي بَعِيدَةً، وَلَيْسَ الْبُنُوَّةُ الَّتِي لِأَبِ الْمَوْرُوثِ بُنُوَّةً مَا لِلْمَوْرُوثِ لَا قَرِيبَةً وَلَا بَعِيدَةً.

فَمَنْ قَالَ الْأَخُ أَحَقُّ مِنَ الْجَدِّ؛ لِأَنَّ الْأَخَ يُدْلِي بِالشَّيْءِ الَّذِي مِنْ قِبَلِهِ كَانَ الْمِيرَاثُ بِالْبُنُوَّةِ وَهُوَ الْأَبُ وَالْجَدُّ يُدْلِي بِالْأُبُوَّةِ هُوَ قَوْلٌ غَالِطٌ مُخَيِّلٌ، لِأَنَّ الْجَدَّ أَبٌ مَا، وَلَيْسَ الْأَخُ ابْنًا مَا.

(وَبِالْجُمْلَةِ: الْأَخُ لَاحِقٌ مِنْ لَوَاحِقِ الْمَيِّتِ، وَكَأَنَّهُ أَمْرٌ عَارِضٌ له، وَالْجَدُّ سَبَبٌ مِنْ أَسْبَابِهِ، وَالسَّبَبُ أَمْلَكُ لِلشَّيْءِ مِنْ لَاحِقِهِ)[٣].

٢٤٩٩ **وَاخْتَلَفَ** الَّذِينَ وَرَّثُوا الْجَدَّ مَعَ الْإِخْوَةِ فِي كَيْفِيَّةِ ذَلِكَ.

---

(١) في (م): «القياس».
(٢) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٣) من (م).

فَتَحْصِيلُ مَذْهَبِ زَيْدٍ[(١)] فِي ذَلِكَ: أَنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ مَعَهُ سِوَى الْإِخْوَةِ (مِمَّنْ هُوَ ذُو فَرْضٍ)[(٢)] مُسَمًّى أَوْ لَا يَكُونَ.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ ذُو فَرْضٍ مُسَمًّى، أُعْطِيَ الْأَفْضَلَ لَهُ مِنِ اثْنَيْنِ، إِمَّا ثُلُثَ الْمَالِ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ كَوَاحِدٍ مِنَ الْإِخْوَةِ الذُّكُورِ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْإِخْوَةُ ذُكْرَانًا أَوْ إِنَاثًا أَوِ الْأَمْرَيْنِ جَمِيعًا فَهُوَ مَعَ الْأَخِ الْوَاحِدِ يُقَاسِمُهُ الْمَالَ، وَكَذَلِكَ مَعَ الِاثْنَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ وَمَعَ[(٣)] الْأَرْبَعَةِ يَأْخُذُ الثُّلُثَ، وَهُوَ مَعَ الْأُخْتِ الْوَاحِدَةِ إِلَى الْأَرْبَعِ يُقَاسِمُهُنَّ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ، وَمَعَ الْخَمْسِ أَخَوَاتٍ لَهُ الثُّلُثُ؛ لِأَنَّهُ أَفْضَلُ لَهُ [ب/٤٠٢و] مِنَ الْمُقَاسَمَةِ، فَهَذِهِ [أ/٤٥٤و] هِيَ حَالُهُ مَعَ الْإِخْوَةِ فَقَطْ.

وَأَمَّا إِنْ كَانَ مَعَهُمْ ذُو فَرْضٍ مُسَمًّى: فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِأَهْلِ الْفُرُوضِ، فَمَا بَقِيَ أُعْطِيَ الْأَفْضَلَ مِنْ ثَلَاثٍ: إِمَّا الثُّلُثُ مما بَقِيَ بَعْدَ حُظُوظِ ذَوِي الْفَرَائِضِ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بِمَنْزِلَةِ وَاحِدٍ مِنَ الْإِخْوَةِ ذَكَرًا، وَإِمَّا أَنْ يُعْطَى السُّدُسَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ لَا يَنْقُصُ مِنَ السُّدُسِ[(٤)]، ثُمَّ مَا بَقِيَ يَكُونُ لِلْإِخْوَةِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فِي الْأَكْدَرِيَّةِ عَلَى مَا سَنَذْكُرُ مَذْهَبَهُ فِيهَا مَعَ مَذَاهِبِ سَائِرِ الْعُلَمَاءِ.

---

(١) «الاستذكار» (١٥/٤٣٨).

(٢) في (م): «وفرض».

(٣) في (م): «و».

(٤) قال الجويني في «نهاية المطلب» (٩/ ٦٩): «فأما الجد: فله السدس مع الابن وابن الابن كما ذكرناه في الأب، وهذا متفق عليه».
والسرخسي في «المبسوط» (٢٩/ ١٦١): «وهذا ساقط بالإجماع؛ فإن الجد لا ينقص نصيبه عن السدس بحال».
وقال ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٩٣): «وأجمعوا على أن الجد لا ينقص عن السدس في حال، سدسًا كاملًا أو عائلًا».
وقال ابن قدامة في «المغني» (٩/ ٧٠ ـ ٧١): «هذا قول عامة أهل العلم، إلا أنه روي عن الشعبي أنه قال: إن ابن عباس رضي الله عنهما كتب إلى علي رضي الله عنه في ستة إخوة وجدّ، فكتب إليه: اجعل الجد سابعهم، وامح كتابي هذا، وروي عنه في سبعة إخوة وجد، أن الجد ثامنهم، وحكي عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة إلى نصف سدس المال».

وَأَمَّا عَلِيٌّ[١] رضي الله عنه فَكَانَ يُعْطِي الْجَدَّ الْأَحْظَى لَهُ مِنَ السُّدُسِ أَوِ الْمُقَاسَمَةِ، وَسَوَاءٌ أَكَانَ مَعَ الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ غَيْرُهُمْ مِنْ ذَوِي الْفَرَائِضِ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَإِنَّمَا لَمْ يَنْقُصْهُ مِنَ السُّدُسِ شَيْئًا؛ لِأَنَّهُمْ لَمَّا أَجْمَعُوا أَنَّ الْأَبْنَاءَ لَا يَنْقُصُونَهُ مِنْهُ شَيْئًا كَانَ أَحْرَى أَنْ لَا يَنْقُصَهُ الْإِخْوَةُ[٢].

وَعُمْدَةُ قَوْلِ زَيْدٍ: أَنَّهُ لَمَّا كَانَ يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ، فَلَمْ يَحْجُبْ[٣] عَمَّا يَجِبُ لَهُمْ وَهُوَ الثُّلُثُ.

(وَبِقَوْلِ زَيْدٍ قَالَ مَالِكٌ[٤]، وَالشَّافِعِيُّ[٥]، وَالثَّوْرِيُّ[٦]، وَجَمَاعَةٌ)[٧].

وَبِقَوْلِ عَلِيٍّ رضي الله عنه قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٨].

٢٥٠٠ وَأَمَّا الْفَرِيضَةُ الَّتِي تُعْرَفُ بِـ**الْأَكْدَرِيَّةِ**[٩] **وَهِيَ: امْرَأَةٌ تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا وَأُمًّا وَأُخْتًا شَقِيقَةً وَجَدًّا:**

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٣١٧٤٧).

(٢) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٦)، وابن حزم في «المحلى» (٨/ ٣٢٧).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يحجبه».

(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٨).

(٥) «الحاوي الكبير» (٨/ ١٠٩)، «نهاية المطلب» (٩/ ٩٤).

(٦) «الاستذكار» (١٥/ ٤٣٨).

(٧) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٨) «الاختيار» (٥/ ٨٧)، «اللباب» (٤/ ١٩١).

(٩) سبب تسميتها بالأكدريَّة، أربعة أوجه:
قيل: لأنَّ امرأة من أَكْدَر ماتت وخلَّفتهم فنُسِبَت إليها.
وقيل: لأنَّ عبد الملك بن مروان سأل رجلًا من أَكْدَر عنها، فأخطأ مذهب زيد، قاله الأعمش.
وقيل: لأنَّها كدَّرت على زيد أصوله؛ لأنَّه فيها أعال مسائل الجدِّ، وفَرَض للأخت معه، وجمع فرضين، وقسم بينهما تعصيبًا، ولا يُعْرَف له ذلك في غيرها، وبه قال الشَّافعي ومالك وأحمد.
وقيل: لتكدُّر أقوال الصحابة رضي الله عنهم وكثرة خلافهم فيها.
فأبو بكر الصديق رضي الله عنه يُسقِط الأخت، وعند عمر وابن مسعود رضي الله عنهما: للأمِّ السدس والباقي =

فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فِيهَا، فَكَانَ عُمَرُ[(١)] ـ (وَابْنُ مَسْعُودٍ[(٢)] يقولان: لِلزَّوْجِ النِّصْفَ وَلِلْأُمِّ السُّدُسَ وَلِلْأُخْتِ النِّصْفَ وَلِلْجَدِّ السُّدُسَ [م/٢٥٦و]، وَذَلِكَ عَلَى جِهَةِ الْعَوْلِ)[(٣)].

وَكَانَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ[(٤)] وَزَيْدٌ[(٥)] يَقُولَانِ: لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَلِلْأُخْتِ النِّصْفُ وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ فَرِيضَةً، إِلَّا أَنَّ زَيْدًا يَجْمَعُ سَهْمَ الْأُخْتِ وَالْجَدِّ، فَيَقْسِمُ ذَلِكَ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ.

وَزَعَمَ بَعْضُهُمْ: أَنَّ هَذَا لَيْسَ مِنْ قَوْلِ زَيْدٍ[(٦)].

وَضَعَّفَ الْجَمِيعُ التَّشْرِيكَ الَّذِي قَالَ بِهِ فِي هَذِهِ الْفَرِيضَةِ زَيْدٌ، وَبِقَوْلِ زَيْدٍ

= كما ذكرنا، فيكون العول إلى ثمانية، وعند عليٍّ ﷺ: تُفرَض وتُعال إلى تسعة كما ذكرنا، لكن تقرَّر نصيب الأخت عليها.
انظر في ألقاب الأكدرية وأسبابها: «الكافي»، لابن المجدي (ق ٦٣/ب)، «التلخيص في الفرائض» (١/ ٢٠٥)، «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» (٥/ ٣٩)، «العزيز شرح الوجيز» (٦/ ٤٩٠)، «مغني المحتاج» (٣/ ٢٤)، «الإفصاح عن معاني الصحاح» (٢/ ٩٧).

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٠).

(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٠).
وقال ابن عبد البر: «وروي عنهما أيضًا: للزوج النصف، وللأم الثلث، مما بقي، وللأخت النصف عالت الفريضة إلى ثمانية».

(٣) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٠).

(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٠).

(٦) قال الإمام الشعبي: سألت قبيصة بن ذؤيب، وكان من أعلمهم بقول زيد فيها ـ يعني الأكدرية، فقال: والله ما فعل زيد هذا قط، يعني: أن أصحابه قاسوا ذلك على قوله.
وقال أبو الحسين بن اللبان الفارض: لم يصح عن زيدٍ ما ذكروا.
وقياس قوله: أن يكون للزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، وتسقط الأخت كما يسقط الأخ لو كان مكانها؛ لأن الأخ والأخت سبيلهما واحد في قول زيد؛ لأنهما عنده عصبة مع الجد، يقاسمانه؛ قاله ابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٢).

قَالَ مَالِكٌ(١).

وَقِيلَ: إِنَّمَا سُمِّيَتِ الْأَكْدَرِيَّةَ لِتَكَدُّرِ قَوْلِ زَيْدٍ فِيهَا، وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى مَذْهَبِ مَنْ يَرَى الْعَوْلَ.

وَبِالْعَوْلِ قَالَ جُمْهُورُ الصَّحَابَةِ وَفُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ(٢)، إِلَّا ابْنَ عَبَّاسٍ رضي الله عنه (وَرُوِيَ عَنْهُ)(٣) أَنَّهُ قَالَ: أَوَّلُ مَنْ أَعَالَ الْفَرَائِضَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَايْمُ اللهِ لَوْ قَدَّمَ مَنْ قَدَّمَ اللهُ وَأَخَّرَ مَنْ أَخَّرَ اللهُ مَا عَالَتْ فَرِيضَةٌ! قِيلَ لَهُ: (وَأَيُّهَا قَدَّمَ اللهُ)(٤)، وَأَيُّهَا أَخَّرَ اللهُ؟ قَالَ: كُلُّ فَرِيضَةٍ لَمْ يُهْبِطْهَا اللهُ عز وجل عَنْ مُوجَبِهَا إِلَّا إِلَى فَرِيضَةٍ أُخْرَى فَهِيَ مَا قَدَّمَ اللهُ، وَكُلُّ فَرِيضَةٍ إِذَا زَالَتْ [ب/ ٤٠٢ظ] عَنْ فَرْضِهَا لَمْ يَكُنْ لَهَا إِلَّا مَا بَقِيَ فَتِلْكَ الَّتِي أَخَّرَ اللهُ، فَالْأَوَّلُ [أ/ ٤٥٤ظ] مِثْلُ الزَّوْجِ والزَّوْجَةِ وَالْأُمِّ، وَالْمُتَأَخِّرُ مِثْلُ الْأَخَوَاتِ وَالْبَنَاتِ.

قَالَ: فَإِذَا اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ قَدَّمَ(٥) مَنْ قَدَّمَ اللهُ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ فَلِمَنْ أَخَّرَ اللهُ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ، قِيلَ لَهُ: فَهَلَّا قُلْتَ هَذَا الْقَوْلَ لِعُمَرَ، قَالَ: هِبْتُهُ(٦).

---

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٠).
(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٢).
(٣) ليست في (م).
(٤) من (م).
(٥) في (م): «بدئ».
(٦) أخرجه الحاكم (٥/ ٤٨٦)، والبيهقي (٦/ ٢٥٣)، وابن المنذر في «الأوسط» (٧/ ٤٢٩)، وابن حزم في «المحلى» (٩/ ٢٦٤)، والخطيبُ في «الفقيه والمتفقه» (٢/ ١٢٣، رقم: ٧٥٠) من طريق محمد بن إسحاق، حدثني ابن شهاب الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، قال: خرجت أنا وزفر ابن أوس إلى ابن عباس فتحدَّثنا عنده، حتى عرض ذكر الفرائض المواريث، فقال ابن عباس: سبحان الله العظيم أترون الذي أحصى رمل عالج عددًا جعل في مال نصفًا ونصفًا وثلثًا، النصفان قد ذهبا بالمال!، أين موضع الثلث؟!
فقال له زفر: يا ابن العباس، مَن أول من أعال الفرائض؟ فقال: .....
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.
قال ابن الملقن في «البدر المنير» (٧/ ٢٤٧):

وَذَهَبَ زَيْدٌ[١] إِلَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ مَعَ الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ الشَّقَائِقِ إِخْوَةٌ لِأَبٍ، أَنَّ الْإِخْوَةَ الشَّقَائِقَ يُعَادُونَ الْجَدَّ بِالْإِخْوَةِ[٢] لِلْأَبِ، فَيَمْنَعُونَهُ بِهِمْ كَثْرَةَ الْمِيرَاثِ، وَلَا يَرِثُونَ مَعَ الْإِخْوَةِ الشَّقَائِقِ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الشَّقَائِقُ أُخْتًا وَاحِدَةً، فَإِنَّهَا تُعَادِي الْجَدَّ بِأُخُوَّتِهَا لِلْأَبِ مَا بَيْنَهُمَا، وَبَيْنَ أَنْ تَسْتَكْمِلَ فَرِيضَتَهَا ـ وَهِيَ النِّصْفُ ـ فَإِنْ كَانَ فِيمَا يُحَازُ لَهَا وَلِإِخْوَتِهَا[٣] لِأَبِيهَا فَضْلٌ عَنْ نِصْفِ رَأْسِ الْمَالِ كُلِّهِ، فَهُوَ لِإِخْوَتِهَا لِأَبِيهَا لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ؛ فَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ عن النِّصْفِ فَلَا مِيرَاثَ لَهُمْ.

وَأَمَّا عَلِيٌّ[٤] رضي الله عنه فَكَانَ لَا يَلْتَفِتُ هُنَا لِلْإِخْوَةِ لِلْأَبِ، لِلْإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّ الْإِخْوَةَ الشَّقَائِقَ يَحْجُبُونَهُمْ؛ وَلِأَنَّ هَذَا الْفِعْلَ أَيْضًا مُخَالِفٌ لِلْأُصُولِ ـ أَعْنِي: أَنْ يَحْتَسِبَ بِمَنْ لَا يَرِثُ.

٢٥٠١ وَاخْتَلَفَ الصَّحَابَةُ رضي الله عنهم مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي الْفَرِيضَةِ الَّتِي تُدْعَى **الْخَرْقَاءَ** ـ وَهِيَ: أُمٌّ وَأُخْتٌ وَجَدٌّ ـ اخْتَلَفُوا فِيهَا عَلَى **خَمْسَةِ أَقْوَالٍ**:

فَذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ[٥] وَابْنُ عَبَّاسٍ[٦] إِلَى أَنَّ لِلْأُمِّ الثُّلُثَ وَالْبَاقِيَ لِلْجَدِّ وَحَجَبُوا[٧] الْأُخْتَ. وَهَذَا عَلَى رَأْيِهِمْ فِي إِقَامَةِ الْجَدِّ مَقَامَ الْأَبِ.

= «قَالَ أَبُو عَمرو بن الْحَاجِب في كِتَابه في «الْأُصُول»: «وَانْفَرَدَ ابْن عَبَّاس بإنكار الْعَوْل».
قلت: لا، وَافقه عَطاء وابْنُ الْحَنَفِيَّة وَدَاوُد وأصحابه، كَمَا نَقله عَنْهُم أَبُو مُحَمَّد بن حزم، ثمَّ اخْتَارَهُ».

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٠).
(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بالأخوات».
(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ولأختها».
(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٠).
(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٣)، «الإشراف» (٤/ ٣٣٨).
(٦) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٣)، «الإشراف» (٤/ ٣٣٨).
(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «وحجب».

وَذَهَبَ عَلِيٌّ ﷺ إِلَى أَنَّ لِلْأُمِّ[١] الثُّلُثَ وَلِلْأُخْتِ[٢] النِّصْفَ وَمَا بَقِيَ لِلْجَدِّ[٣].

وَذَهَبَ عُثْمَانُ[٤] إِلَى أَنَّ لِلْأُمِّ الثُّلُثَ وَلِلْأُخْتِ الثُّلُثَ وَلِلْجَدِّ الثُّلُثَ.

وَذَهَبَ ابْنُ مَسْعُودٍ[٥] ﷺ إِلَى أَنَّ لِلْأُخْتِ النِّصْفَ وَلِلْجَدِّ الثُّلُثَ وَلِلْأُمِّ السُّدُسَ، وَكَانَ يَقُولُ: مَعَاذَ اللهِ أَنْ أُفَضِّلَ أُمًّا عَلَى جَدٍّ[٦].

وَذَهَبَ زَيْدٌ[٧] إِلَى أَنَّ لِلْأُمِّ الثُّلُثَ وَمَا بَقِيَ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأُخْتِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ.

مِيرَاثُ الْجَدَّاتِ:

٢٥٠٢ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ لِلْجَدَّةِ أَمِّ الْأُمِّ السُّدُسَ مَعَ [ب/٤٠٣و] عَدَمِ الْأُمِّ، وَأَنَّ لِلْجَدَّةِ أَيْضًا أُمِّ الأَبِ عِنْدَ فَقْدِ الْأَبِ السُّدُسَ، فَإِنِ اجْتَمَعَتا كَانَ السُّدُسُ فيما بَيْنَهُمَا[٨].

٢٥٠٣ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَا سِوَى ذَلِكَ:

فَذَهَبَ زَيْدٌ وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ[٩] إِلَى أَنَّ الْجَدَّةَ أُمَّ الْأُمِّ يُفْرَضُ[١٠] لَهَا السُّدُسُ فَرِيضَةً، فَإِذَا اجْتَمَعَتِ الْجَدَّتَانِ كَانَ السُّدُسُ بَيْنَهُمَا إِذَا كَانَ تَعَدُّدُهُمَا سَوَاءً، أَوْ

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «للأخ».
(٢) في (أ): «وللإخوة».
(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٤)، «الإشراف» (٤/ ٣٣٨).
(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٤)، «الإشراف» (٤/ ٣٣٨).
(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٤)، «الإشراف» (٤/ ٣٣٨).
(٦) أخرجه البيهقيُّ (٦/ ٢٣٨).
(٧) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٤)، «الأشراف» (٤/ ٣٣٨)، قال ابنُ عبد البرِّ: «وهذه الفريضة تدعى الخرقاء».
(٨) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٥)، وابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (١٧٨)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٥)، وابن عبد البر فِي «التمهيد» (١١/ ٩٨)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٦/ ٦١)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٥٥).
(٩) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).
(١٠) في (أ): «لم يفرض».

كَـانَـتْ أَمُّ الْأَبِ أَقْـعَـدَ، فَـإِنْ كَـانَـتْ أُمُّ الْأُمِّ أَقْـعَـدَ؛ أَيْ: [أ/ ٤٥٥و] أَقْـرَبَ إِلَـى الْمَيِّتِ ـ كَانَ لَهَا السُّدُسُ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْجَدَّةِ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ شَيْءٌ.

وَقَدْ قِيلَ عَنْهُ: أَيُّهُمَا أَقْعَدُ كَانَ لَهَا السُّدُسُ.

وَبِهِ قَالَ عَلِيٌّ ـ رضي الله عنه.

وَمِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ:

أَبُو حَنِيفَةَ، وَالثَّوْرِيُّ[١] وَأَبُو ثَوْرٍ[٢].

وَهَؤُلَاءِ لَيْسَ يُوَرِّثُونَ إِلَّا هَاتَيْنِ الْجَدَّتَيْنِ الْمُجْمَع عَلَى تَوْرِيثِهِمَا[٣].

وَكَانَ الْأَوْزَاعِيُّ[٤]، وَأَحْمَدُ[٥] يُوَرِّثَانِ جَدَّاتٍ ثَلَاثَ:

وَاحِدَةٌ مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ وَاثْنَتَانِ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ:

(أُمُّ الْأَبِ، وَأُمُّ أَبِي الْأَبِ)[٦]؛ أَعْنِي: الْجَدَّ.

---

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١). (٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).

(٣) حكى الإجماع: ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٨٥)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٢١)، وابن قاسم في «حاشية الروض» (٦/ ١٠٦).

(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).

(٥) «الإفصاح عن معاني الصحاح» (٢/ ٨٥)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١/ ٣٥٢)، «كشاف القناع» (٤/ ٤١٩).
وذهب الحنفية، والشافعية إلى أنه يرث أكثر من ثلاث جدات، فالجدات وإن كثرن وتحاذين في الدرجة فلهن السدس ما لم يتخلل في نسبتهن إلى الميت جد فاسد.
«شرح السراجية» (٥٧)، «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٧٧٢)، «الجامع لأحكام القرآن» (٥/ ٧٠)، «الحاوي الكبير» (١٠/ ٢٢٢)، «المهذب» (٢/ ٣٣)، «روضة الطالبين» (٦/ ٩).
وذهب المالكية، إلى أنه لا يرث أكثر من جدتين وهما: أم الأم وأمها وإن علت، وأم الأب وأمها وهكذا. أما أم الجد من جهة الأب كأم أبي الأب وأمهاتها فهذه لا ترث عند مالك؛ لأن بينها وبين الميت ذكرين، ولأن هذا هو الوارد في السُّنَّة وإجماع الصحابة.
«الجامع لأحكام القرآن» (٥/ ٧٠)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ٤٦٢).

(٦) من (م).

وَكَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ(١) [م/٢٥٦ظ] يُوَرِّثُ أَرْبَعَ جَدَّاتٍ: أُمُّ الْأُمِّ، وَأُمُّ الْأَبِ، وَأُمُّ أَبِي(٢) الأم ـ أَعْنِي: الْجَدَّ ـ وَأُمُّ أَبِي(٣) الْأَب ـ أَعْنِي: الْجَدَّ. وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ(٤)، وَابْنُ سِيرِينَ(٥).

وَكَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ يَشْرِكُ بَيْنَ الْجَدَّاتِ فِي السُّدُسِ دُنْيَاهُنَّ(٦) وَقُصْوَاهُنَّ مَا لَمْ تَكُنْ تَحْجُبُهَا (بِنْتُهَا أَوْ بِنْتُ بِنْتِهَا)(٧).

وَقَدْ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ كَانَ يُسْقِطُ الْقُصْوَى بِالدُّنْيَا إِذَا كَانَتَا مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ(٨).

وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ(٩) أَنَّ الْجَدَّةَ كَالْأُمِّ إِذَا لَمْ تَكُنْ أُمٌّ(١٠)، وَهُوَ شَاذٌّ عِنْدَ الْجُمْهُورِ(١١)، وَلَكِنْ لَهُ حَظٌّ مِنَ الْقِيَاسِ.

فَعُمْدَةُ زَيْدٍ (وَأَهْلِ الْمَدِينَةِ وَالشَّافِعِيِّ(١٢)، وَمَنْ قَالَ بِمَذْهَبِ زَيْدٍ)(١٣): مَا

---

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).
(٢) في (ب): «أب».
(٣) في (ب): «أب».
(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).
(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).
(٦) مكانها بياض في (م).
(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بنت أو بنت بنيها».
(٨) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١): «فكان يحيى بن آدم يختار هذه الرواية عن ابن مسعود ويقويها».
(٩) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥٢)، ووصفه بالشذوذ.
(١٠) اختاره ابن حزم في «المحلى» (٩/ ١٤).
وينظر: «حاشية رد المحتار» (٦/ ٧٨٤)، «الذخيرة (١٣/ ٤٦)، «نهاية المطلب» (٩/ ٥٨)، «الحاوي الكبير» (١٠/ ١٠٩)، «روضة الطالبين» (٦/ ١٥)، «كشاف القناع» (٤/ ٣٥٥).
(١١) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤٥٢): «وهذا باطلٌ عند العُلماءِ؛ لأنَّهم أجمعُوا أن لا ترث جدَّة ثلثًا. ولو كانت كالأم، ورثت الثلث. وأظن الذي روى هذا الحديث عن ابن عباس قاسه على قوله في الجد لما جعله أبًا، ظن أنه يجعل الجدة أمًّا».
(١٢) «حلية العلماء» (٦/ ٢٨٦)، «الحاوي الكبير» (٨/ ١١١)، «فتح العزيز» (٦/ ٤٥٩)، «روضة الطَّالبين» (٦/ ٩).
(١٣) ما بين القوسين ليس في (أ).

رَوَاهُ مَالِكٌ أَنَّهُ قَالَ: «جَاءَتِ الْجَدَّةُ إِلَى أَبِي بَكْرٍ ﷺ تَسْأَلُهُ عَنْ مِيرَاثِهَا.

فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللهِ ﷻ شَيْءٌ وَمَا عَلِمْتُ لَكِ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللهِ ﷺ شَيْئًا فَارْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ، فَسَأَلَ النَّاسَ، فَقَالَ (لَهُ الْمُغِيرَةُ بْنُ)(١) شُعْبَةَ: حَضَرْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَعْطَاهَا السُّدُسَ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: هَلْ مَعَكَ غَيْرُكَ؟ فَقَالَ: مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ، فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ الْمُغِيرَةُ(٢)، فَأَنْفَذَهُ أَبُو بَكْرٍ لَهَا، ثُمَّ جَاءَتِ الْجَدَّةُ الْأُخْرَى إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا، فَقَالَ لَهَا: مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللهِ ﷻ شَيْءٌ، وَمَا كَانَ الْقَضَاءُ الَّذِي قَضَى بِهِ إِلَّا لِغَيْرِكَ، وَمَا أَنَا بِزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ، وَلَكِنَّهُ ذَلِكَ السُّدُسُ، فَإِنِ اجْتَمَعْتُمَا فِيهِ فَهُوَ لَكُمَا، وَأَيَّتُكُمَا انْفَرَدَتْ بِهِ فَهُوَ لَهَا»(٣).

---

(١) ما بين القوسين ليس في (م). (٢) في (م): «شعبة».

(٣) أخرجَه أبُو داودَ (٢٨٩٤)، والنسائيُّ فِي «الكبرى» (٦٣٤٦)، والترمذيُّ (٢١٠١)، وابنُ ماجه (٢٧٢٤)، وأحمدُ (٤/ ٢٢٥)، وأبُو يعلَى (١١٩)، وابنُ الجارودِ فِي «المُنتقى» (٣/ ٢٢٣ ـ ٢٢٤، رقم: ٩٥٩ ـ غوث المكدود)، وابنُ حبَّان كما في «الإحسَانِ» (٦٠٣١) أو «المَواردِ» (١٢٢٤)، والطبرانِيُّ في «الكبيرِ» (١٩/ ٢٢٩، رقم: ٥١١) وفي «مُسندِ الشَّاميين» (٢١٢٥)، والبيهقيُّ (٦/ ٢٣٤)، وفي «الخلافياتِ» (ج٢/ ق١٠)، وابنُ عبدِ البرِّ في «التَّمهيدِ» (١١/ ٩٠ـ ٩١)، والطحاويُّ في «مشكلِ الآثارِ» (١٥/ ٣١٤ـ ٣١٥، رقم: ٦٠٤٩) أو (٧/ ٦١٢ ـ ترتيبه)، والخطيبُ في «الكفَايةِ» (١/ ١٠٧)، وفي «عوالِي مالكٍ» (١١)، وأبو القاسم الجوهريُّ فِي «مُسندِ الموطأ» (ص٢١٣ ـ ٢١٤، رقم: ٢٢٣، ط: دار الغرب) أو (١/ ١٦٧، رقم: ٢٧٢ ـ ت حمد أحمد عَلَى الآلة الكاتبة)، وابنُ عبدِ الباقِي الأنصَارِيُّ ـ المعرُوف بـ«قاضي المارستَان» ـ فِي «المشيخةِ الكُبرَى» (٢/ ٨٢٣ ـ ٨٢٥، رقم: ٢٩٠)، والحافظُ المزيُّ فِي «تَهذيبِ الكمالِ» (١٩/ ٣٣٩)، وأبو المعالي الأبرقوهِي فِي «معجم شُيوخِه» (ق ٥١/ أ)، والعلائيُّ فِي «بغيةِ المُلتمسِ» (ص١٩٩ ـ ٢٠٠)، والحافظُ ابنُ حجرٍ فِي «موافقةِ الخبرِ الخبرِ» (١/ ٣٨٣) من طريقِ مالكٍ ـ وهُو فِي «الموطَّأ» (٢/ ٥١٣/ ١٠٧٦ ـ رواية يحيى)، أو (٧٢٢ ـ رواية محمد بن الحسن)، أو (٣٠٣٨ ـ رواية أبي مصعبٍ) ـ عَنِ ابنِ شهابٍ، عَن عُثمَانَ بنِ إسحَاقَ بن خرشةَ، عن قبيصةَ أنَّه قَالَ: **«جَاءَتِ الجَدَّةُ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا، فقال لها أبو بَكْرٍ: مَا لِكِ فِي كِتَابِ اللهِ شَيْءٌ، وما عَلِمْتُ لَكِ فِي سُنَّةِ رسول الله ﷺ شيئًا، فَارْجِعِي حتى أسأل** =

= **الناس، فَسَأَلَ الناس، فقال المُغِيرَةُ بن شُعْبَةَ: حَضَرْتُ رَسُولَ الله ﷺ أَعْطَاهَا السُّدُسَ، فقال أبو بَكْرٍ: هل مَعَكَ غَيْرُكَ؟، فَقَامَ محمد بن مَسْلَمَةَ الأَنْصَارِيُّ، فقال مِثْلَ مَا قَالَ المُغِيرَةُ، فَأَنْفَذَهُ لها أبو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ، ثُمَّ جَاءَتِ الجَدَّةُ الأُخْرَى إِلَى عُمَرَ بن الخَطَّابِ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا، فقال لها: مَا لك فِي كِتَابِ الله شَيْءٌ، وما كَانَ القَضَاءُ الَّذِي قُضِيَ بِهِ إلا لِغَيْرِكِ، وما أنا بِزَائِدٍ فِي الفَرَائِضِ شيئًا، وَلَكِنَّهُ ذَلِكَ السُّدُسُ، فَإِنِ اجْتَمَعْتُمَا فَهُوَ بَيْنَكُمَا وَأَيَّتُكُمَا خَلَتْ بِهِ؛ فَهُوَ لها».**

وتابعَهُ أبُو أويسٍ عَن الزُّهريِّ؛ قالَهُ الدارقطنيُّ فِي «العللِ» (١/ ٢٤٨)، وابنُ عبد البرِّ فِي «التَّمهيد» (١١/ ٩٥).

وذكرَ ابنُ عبدِ البرِّ فِي «التَّمهيدِ» أن عبدَ الرحمٰنِ بنَ خالدٍ تابعَ الإمامَ مالكَ بنَ أنسٍ أيضًا.

وقال ابنُ عيينةَ: عَنِ الزُّهريِّ عَن رجُلٍ ـ لم يسمِّه ـ عَن قبيصةَ بنِ ذُؤيبٍ.

أخرجَهُ النَّسائيُّ فِي «الكُبرَى» (٦٣٤٥) أو (٦٣١١ ط الرِّسالة) من طريقِ محمدِ بنِ عبدِ اللهِ بن يزيدَ المُقرئ، والمروزيُّ فِي «مسندِ أبِي بكرٍ» (١٢٩) من طريقِ ابنِ وكيعٍ كلاهُما عَن سُفيانَ بهِ.

قالَ الدارقطنيُّ فِي «العِللِ» (١/ ٢٤٩): «فقوي هَذَا قول مالكٍ وأبي أويسٍ».

* **وخالفهُما** الحميديُّ، والشافعيُّ، والقعنبيُّ، وابنُ أبي شيبةَ، وسعيدُ بنُ منصورٍ ـ وهُو فِي «السُّننِ» (٨٠) ـ، والقواريريُّ؛ فقالُوا: حَدَّثَنَا سُفيانُ عَنِ الزُّهريِّ عَن قبيصةَ بهِ.

أخرجَهُ ابنُ أبي شيبةَ فِي «المُصنِّفِ» (٦/ ٢٦٨/ ١٢٧٢ ط الحوت) أو (١٦/ ٢٨٩ـ ٢٩١ ط عوامة)، وأبُو يعلَى (١٢٠)، والمروزيُّ فِي «مسندِ أبِي بكرٍ» (١٢٤)، والحاكمُ (٤/ ٣٣٨).

* وروَاهُ ابن أبي عمرَ؛ قَالَ: حَدَّثَنَا سفيانُ حَدَّثَنَا الزُّهريُّ؛ قَالَ مرَّةً: قَالَ قبيصةُ، وقالَ مرَّة: رجلٌ عَن قبيصةَ بنِ ذُؤيبٍ قَالَ: ... وذكرَهُ.

أخرجَهُ التِّرمذِيُّ (٢١٠٠).

ورَوَاهُ يزيدُ بنُ يُونسَ الأيلِي [ترجمَ لَهُ الحافظُ ابنُ حجرٍ فِي «التقريبِ» بقولِه: «ثقةٌ إلا أن فِي روايتِه عنِ الزهريِّ وهمًا قليلًا، وفِي غيرِ الزهريِّ خطأً»].

أخرجَ روايتَهُ النسائيُّ فِي «الكبرى» (٦٣٤٤) أو (٦٣١٠، ط: الرسالة)، وابنُ ماجه (٢٧٢٤). =

= وتابعَهُ:
١ ـ إسْحَاقُ بنُ راشدٍ [ترجمَ لَهُ الحافظُ ابنُ حجرٍ فِي «التَّقريبِ» بقولِه: «ثقةٌ فِي حديثِه عن الزهريِّ بعضُ الوهمِ»].
أخرجَ رِوَايتَهُ النسائيُّ فِي «الكبرى» (٦٣٤٢) أو (٦٣٠٨ ط الرسالة).
٢ ـ الأوزاعيُّ:
أخرجَ رِوَايتَهُ النَّسائيُّ فِي «الكُبرَى» (٦٣٤٠) أو (٦٣٠٦ ط الرسالة)، والحَاكمُ فِي «معرفة علُوم الحديثِ» (ص١٥ ط القديمة) أو (ص١٣١، رقم: ٢٩ ط دار ابن حزم).
٣ ـ صالح بن كيسان:
أخرجَ رِوَايتَهُ النَّسائيُّ فِي «الكبرى» (٦٣٣٩) أو (٦٣٠٥ ط الرسالة)، والطَّبرانِيُّ فِي «الشاميين» (٣/ ٢٢٢).
٤ ـ معمرُ بنُ راشدٍ:
أخرجَ رِوَايتَهُ النسائيُّ فِي «الكبرى» (٦٣٤١) أو (٦٣٠٧ ط الرسالة)، وعبدُ الرزاقِ فِي «المصنَّف» (١٠/ ٢٧٤) ـ ومن طريقِه: أحمدُ (٤/ ٢٢٥) أو (٢٩/ ٤٩٣ ط الرسالة) أو (١١/ ١٨٦، رقم: ١٦٥١٤ ـ المحصل)، والطبرانِيُّ فِي «الكبيرِ» (١٩/ ٢٢٨/ ٥١٠) و(٢٠/ ٤٣٧/ ١٠٦٧)، وفِي «الشَّاميين» (٣/ ٢٢١)، وابنُ عبدِ البرِّ فِي «التَّمهيدِ» (١١/ ٩٦).
٥ ـ شعيبُ بنُ أبي حمزَةَ:
أخرجَ رِوَايتَهُ النسائيُّ فِي «الكبرى» (٦٣٤٣) أو (٦٣٠٩ ط الرسالة)، والطبرانِيُّ فِي «الشَّاميين» (٤/ ١٦١/ ٣٢٢٦).
٦ ـ أشعث بن سوار:
أخرجَ رِوَايتَهُ الطبرانِيُّ فِي «الكبيرِ» (١٩/ ٣٢٠/ ٥١٢)، وفِي «الشَّاميين» (٣/ ٢٢٢) من طريق جريرٍ عن أشعثٍ بهِ.
ورواه يزيدُ بنُ هارونَ عن أشعثٍ عن الزُّهريِّ قَالَ: جاءت الجدَّة... (وذكرَه مُعضلًا).
أخرجه الدارميُّ (٢٩٣٩).
قال الدارقطنيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «العللِ»: «يشبهُ أن يكونَ الصَّوابُ قولَ مالكٍ ومن تابعَهُ».
قال الشيخُ الألبانِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «الإرواءِ» (٦/ ١٢٥ ـ ١٢٦): «وهذَا هو الَّذِي رجَّحهُ الترمذيُّ =

وَرَوَى مَالِكٌ[١] [ب/٤٠٣ظ] أَيْضًا أَنَّهُ أَتَتِ الْجَدَّتَانِ إِلَى أَبِي بَكْرٍ، فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَ السُّدُسَ لِلَّتِي مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: أَمَا إِنَّكَ تَتْرُكُ الَّتِي لَوْ مَاتَتْ

= ـ كما ذكرْنا فيمَا سبقَ ـ وهُو قولُه: «وهُو أصحُّ منْ حديثِ ابنِ عيينةَ»، وهَذا لَيْسَ معناه أن الحديثَ صحيحٌ عندَه، فقولُ المصنِّفِ: أنَّ الترمذيَّ صحَّحه وهمٌ مِنْهُ»، وعلَّل ذَلِكَ فِي «ضعيفِ سننِ أبي دَاودَ» (٢/ ٣٩٤) قَالَ ﷺ: «لأنَّه قد يكونُ فِي «الأصحِّ» مَا يجعلُه ضَعيفًا كما هُو الشَّأن هُنا».

* وإسْنادُه ضَعِيفٌ، قَالَ الإمامُ البُخاريُّ ﷺ فِي «التَّاريخِ الكبيرِ» (٦/ ٢١٢ ـ ٢١٣): «عثمانُ بنُ إسحاقَ بن خرشةَ، عن قبيصةَ بنِ ذؤيبٍ، عن أبي بكرٍ ﷺ فِي الجدَّةِ مُرسلٌ».

وجزمَ غيرُ واحدٍ من أهلِ العلمِ بأن روايتَه عنْ أبي بكرٍ مُرسلةٌ.

قال ابنُ حزم ﷺ فِي «المحلَّى» (٩/ ٢٧٣): «حديثُ قبيصةَ منقطعٌ؛ لأنَّه لمْ يدركْ أبا بكرٍ، ولا سمعَهُ منَ المُغيرةِ، ولا مِن محمَّدٍ». وتبعَهُ الحافظُ المنذريُّ فِي «مختصرِ سننِ أبي دَاودَ» (٤/ ١٦٨).

وقالَ الحَافظُ ابنُ حجرٍ ﷺ فِي «التلخيص» (٣/ ٨٢): «إسنادُه صحيحٌ؛ لثقةِ رجالِه، إلا أن صُورتَه مرسلٌ، فإنَّ قبيصةَ لا يصحُّ لَهُ سماعٌ من الصدِّيقِ، ولا يمكنُ شهوده للقصَّة، قالَهُ ابنُ عبد البرِّ بمعنَاهُ، وقدِ اختلفَ فِي مولدِه، والصَّحيحُ أنَّه ولدَ عَام الفتحِ، فيبعدُ شهودُه القصةَ، وقد أعلَّه عبدُ الحقِّ تبعًا لابنِ حزمٍ بالانقطَاعِ».

وذكرَ الاختلافَ، ثمَّ قَالَ ﷺ: «قلتُ: وعلى هَذَا فليسَ هو عَلَى شَرطِ الشَّيخين؛ لأنَّ عُثمانَ هَذَا لَيْسَ مِن رجَالِ الشَّيخينِ، ولا هُو مشهُورٌ بالرِّوايةِ، قَالَ الذهبيُّ فِي «الميزَانِ»: «شيخُ ابنِ شهابٍ الزهريِّ لا يعرفُ سمعَ قبيصةَ بنَ ذؤيبٍ، وقد وثِّق».

(١) فِي «الموطأ» (١٤٦٢)، وعبد الرزاق (١٩٠٨٤)، وسعيد بن منصور (٨١) و(٨٢)، والدارقطني (٤/ ٩٠ ـ ٩١)، والبيهقي (٦/ ٢٣٥)، وابن بشكوال في «غوامض الأسماء المبهمة» (٢/ ٥٩٥)، من طريق القاسم بن محمد بن أبي بكر: أنه قال: أتت الجدتان إلى أبي بكر.

وذكر الدارقطني في «العلل» (١/ ٢٨٧) أنَّ علي بن مسهر وحماد بن سلمة رووه مثل رواية مالك.

ثم قال: «يرويه ابن عيينة منفردًا سمّى الرجل الأنصاري، فقال: عبد الرحمٰن بن سهل، وذكر أنه شهد بدرًا مع النبي ﷺ، ورواه حماد بن سلمة وعلي بن مسهر وجماعة عن يحيى بن سعيد عن القاسم فقالوا فيه: «فقال رجل من الأنصار لأبي بكر»، ولم يسموه، ولم يقولوا من أهل بدر».

وَهُوَ حَيٌّ كَانَ (إِيَّاهَا يَرِثُ)[(١)]، فَجَعَلَ أَبُو بَكْرٍ السُّدُسَ بَيْنَهُمَا.

قَالُوا: فَوَاجِبٌ أَنْ لَا يَتَعَدَّى فِي هَذَا هَذِهِ السُّنَّةَ وَإِجْمَاعَ الصَّحَابَةِ.

وَأَمَّا عُمْدَةُ مَنْ وَرَّثَ الثَّلَاثَ جَدَّاتٍ: فَحَدِيثُ ابْنِ عُيَيْنَةَ، عَنْ مَنْصُورٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَرَّثَ ثَلَاثَ جَدَّاتٍ: اثْنَتَيْنِ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ، وَوَاحِدَةً مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ»[(٢)].

وَأَمَّا ابْنُ مَسْعُودٍ: فَعُمْدَتُهُ [أ/ ٤٥٥ظ] الْقِيَاسُ فِي (تَشْبِيهِهَا بِالْجَدَّةِ)[(٣)] لِلْأَبِ.

لَكِنَّ الْحَدِيثَ يُعَارِضُهُ.

٢٥٠٤ **وَاخْتَلَفُوا**: هَلْ يَحْجُبُ الْجَدَّةَ لِلْأَبِ ابْنُهَا وَهُوَ الْأَبُ؟

فَذَهَبَ زَيْدٌ[(٤)] إِلَى أَنَّهُ يَحْجُبُ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[(٥)] وَالشَّافِعِيُّ[(٦)]،

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يرثها».

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٠/ ٢٧٣)، وسعيد بن منصور (٣/ ٧٢)، والدارمي (٢٩٣٨)، والدارقطني (٤/ ٩٠)، والبيهقي في «السُّنن الكبرى» (٦/ ٢٣٦) من طريق منصور، عن إبراهيم مرسلًا.

قال شيخ الإسلام - كما في «جامع المسائل» (ص٣٤٢ المجموعة الثانية): «وهذا مرسلٌ حسنٌ، فإن مراسيل إبراهيم من أحسن المراسيل. فأخذ به أحمد. ولم يرد في النص إلّا توريث هؤلاء».

وقال محمَّد بن نصر كما فِي «سنن البيهقي» (٦/ ٢٣٥): «جاءت الأخبار عن أصحاب النبي ﷺ وجماعة التابعين أنهم ورَّثوا ثلاث جدَّات مع الحديث المنقطع الذي يُروى عن النبي ﷺ أنَّه ورَّث ثلاث جدَّات ولا نعلم عن أحد من أصحاب النبي ﷺ خلاف ذلك، إلا ما روِّينا عن سعد بن أبي وقَّاص ﷺ مما لا يُثبت أهل المعرفة بالحديث إسناده».

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «تشبيه الجدة».

(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٩).

(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥٢)، «التفريع» (٢/ ٣٤٢)، «المختصر في الفرائض» (٢٠٢).

(٦) «التَّهذيب» (٥/ ٢٧)، «فتح العَزيز» (٦/ ٤٩٥).

وَأَبُو حَنِيفَةَ[١]، وَدَاوُدُ[٢].

وَقَالَ آخَرُونَ: تَرِثُ الْجَدَّةُ مَعَ ابْنِهَا، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ[٣] وَابْنِ مَسْعُودٍ[٤] وَجَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ، وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ[٥] وَعَطَاءٌ[٦]، وَابْنُ سِيرِينَ[٧] وَأَحْمَدُ[٨].

وَهُوَ قَوْلُ الْفُقَهَاءِ الْمِصْرِيِّينَ[٩].

وَعُمْدَةُ مَنْ حَجَبَ الْجَدَّةَ بِابْنِهَا: أَنَّ الْجَدَّ لَمَّا كَانَ مَحْجُوبًا بِالْأَبِ وَجَبَ أَنْ تَكُونَ الْجَدَّةُ أَوْلَى بِذَلِكَ.

وَأَيْضًا، فَلَمَّا كَانَتْ أُمُّ الْأُمِّ لَا تَرِثُ بِإِجْمَاعٍ مَعَ الْأُمِّ شَيْئًا[١٠] كَانَ كَذَلِكَ أُمُّ الْأَبِ مَعَ الْأَبِ.

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الثَّانِي**: مَا رَوَى الشَّعْبِيُّ[١١] عَنْ مَسْرُوقٍ عَنْ عَبْدِ اللهِ قَالَ: «أَوَّلُ جَدَّةٍ أَعْطَاهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ سُدُسًا جَدَّةٌ مَعَ ابْنِهَا وَابْنُهَا حَيٌّ»[١٢].

---

(١) المبسوط (٢٩/ ١٦٩).
(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).
(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).
(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).
(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).
(٦) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).
(٧) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).
(٨) «التهذيب»، لأبي الخطاب (١٦١)، «الإنصاف» (١٨/ ٦٥ ـ ٦٦).
(٩) «الاستذكار» (١٥/ ٤٥١).
(١٠) حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٥)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٧٨)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٦/ ١١٦)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٥٨).
(١١) مكانها بياض في (م)، وفي (ب): «الشافعي».
(١٢) أخرجه الترمذي (٢١٠٢)، وابن أبي عاصم في «الأوائل» (٦٥)، والطبرانيُّ في «الأوائل» (٥٠)، والبزار (١٩٤٦)، والبيهقي (٦/ ٢٢٦)، والخطيبُ في «تلخيص المُتشابه» (٢/ ٦٢٥) من طريق محمد بن سالم، عن الشعبي، عن مسروق، عن عبد الله رضي الله عنه في الجدة مع ابنها أنه قال: أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ سدسًا مع ابنها وابنها حي. =

قَالُوا: وَمِنْ طَرِيقِ النَّظَرِ:

لَمَّا كَانَتِ الْأُمُّ وَأُمُّ الْأُمِّ لا يُحْجَبْنَ بِالذُّكُورِ، كَانَ كَذَلِكَ حُكْمُ جَمِيعِ الْجَدَّاتِ.

وَيَنْبَغِي أَنْ يُعْلَمَ أَنَّ مَالِكًا لَا يُخَالِفُ زَيْدًا إِلَّا فِي فَرِيضَةٍ وَاحِدَةٍ، وَهِيَ: امْرَأَةٌ هَلَكَتْ وَتَرَكَتْ زَوْجًا، وَأُمًّا، (وَإِخْوَةً لِأُمٍّ)[١]، وَإِخْوَةً[٢] لِأَبٍ وَأُمٍّ، وَجَدًّا:

فَقَالَ مَالِكٌ: لِلزَّوْجِ النِّصْفُ، وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ وَلِلْجَدِّ (مَا بَقِيَ - وَهُوَ الثُّلُثُ، وَلَيْسَ لِلْإِخْوَةِ الشَّقَائِقِ شَيْءٌ.

وَقَالَ زَيْدٌ: لِلزَّوْجِ النِّصْفُ، وَلِلْأُمِّ السُّدُسُ، وَلِلْجَدِّ)[٣] السُّدُسُ وَمَا بَقِيَ لِلْإِخْوَةِ الشَّقَائِقِ.

فَخَالَفَ مَالِكٌ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَصْلَهُ مِنْ أَنَّ الْجَدَّ لَا يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ الشَّقَائِقَ وَلَا الْإِخْوَةَ[٤] لِلْأَبِ.

وَحُجَّتُهُ: أَنَّهُ لَمَّا حَجَبَ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ عَنِ الثُّلُثِ الَّذِي كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ دُونَ الشَّقَائِقِ كَانَ هُوَ أَوْلَى بِهِ.

وَأَمَّا زَيْدٌ: فَعَلَى أَصْلِهِ فِي أَنَّهُ لَا يَحْجُبُهُمْ.

= قال التِّرمذِيُّ: «هَذَا حَدِيثٌ لَا نَعْرِفُهُ مَرْفُوعًا إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَقَدْ وَرَّثَ بَعْضُ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ الْجَدَّةَ مَعَ ابْنِهَا وَلَمْ يُوَرِّثْهَا بَعْضُهُمْ».

وقال البيهقيُّ: «محمد بن سالم يتفرد به هكذا».

محمد بن سالم ضعيف.

قال ابن عبد البر في «التمهيد» (١١/ ١٠٥): «وهذا لو صح لم يكن فيه حجة، لأنه يحتمل أن يكون أراد الجدة أم الأم وابنها حي وهو خال الميت، وهذا ما لا خلاف فيه.

ومما يدل على ضعف هذا الحديث أن أبا بكر لم يكن عنده علم من الجدة حتى سأل، فأخبره المغيرة وأراد أن لا يعطي الأخرى شيئًا، وقد احتج بهذا إسماعيل، وفيه نظر».

(١) من (م).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «وأخوات».

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) في (أ): «الأخوات».

بَابٌ فِي الْحَجْبِ

٢٥٠٥ وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ الْأَخَ الشَّقِيقَ يَحْجُبُ الْأَخَ لِلْأَبِ، وَأَنَّ الْأَخَ لِلْأَبِ يَحْجُبُ بَنِي الْأَخِ الشَّقِيقِ، [م/٢٥٧و]، وَأَنَّ بَنِي الْأَخِ الشَّقِيقِ يَحْجُبُونَ أَبْنَاءَ[١] الْأَخِ لِلْأَبِ، وَبَنُو الْأَخِ لِلْأَبِ أَوْلَى (مِنْ بَنِي ابْنِ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ، وَبَنُو ابْنِ الْأَخِ لِلْأَبِ أَوْلَى)[٢] مِنَ الْعَمِّ أَخِي الْأَبِ، وَابْنُ الْعَمِّ [ب/٤٠٤و] أَخُو الْأَبِ الشَّقِيقِ أَوْلَى مِنِ ابْنِ الْعَمِّ أَخِي الْأَبِ لِلْأَبِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ يَحْجُبُونَ بَنِيهِمْ، وَمَنْ حَجَبَ مِنْهُمْ صِنْفًا فَهُوَ يَحْجُبُ مَنْ يَحْجُبُهُ ذَلِكَ الصِّنْفُ[٣].

(وَبِالْجُمْلَةِ:

أَمَّا الْإِخْوَةُ)[٤] فَالْأَقْرَبُ مِنْهُمْ يَحْجُبُ الْأَبْعَدَ، فَإِذَا اسْتَوَوْا حَجَبَ مِنْهُمْ مَنْ أَدْلَى بِسَبَبَيْنِ - أُمٍّ وَأَبٍ - مَنْ أَدْلَى بِسَبَبٍ وَاحِدٍ - وَهُوَ الْأَبُ فَقَطْ - وَكَذَلِكَ الْأَعْمَامُ الْأَقْرَبُ مِنْهُم [أ/٤٥٦و] يَحْجُبُ الْأَبْعَدَ، فَإِنِ اسْتَوَوْا حَجَبَ مِنْهُمْ مَنْ يُدْلِي بِسَبَبَيْنِ إِلَى الْمَيِّتِ مَنْ يُدْلِي بِسَبَبٍ وَاحِدٍ؛ أَعْنِي: أَنَّهُ يُحْجَبُ الْعَمُّ أَخُو الْأَبِ لِأَبٍ وأُمٌّ الْعَمِّ الَّذِي هُوَ أَخُو الْأَبِ لِأَبٍ[٥] فَقَطْ.

٢٥٠٦ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الْإِخْوَةَ الشَّقَائِقَ وَالْإِخْوَةَ لِلْأَبِ يَحْجُبُونَ الْأَعْمَامَ[٦]؛ لِأَنَّ الْإِخْوَةَ بَنُو أَبِ[٧] الْمُتَوَفَّى، وَالْأَعْمَامَ بَنُو جَدِّهِ، وَالْأَبْنَاءُ

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بني».

(٢) ما بين القوسين ليس في (م).

(٣) حكى الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٧٦)، وفي «المحلى» (٨/ ٣٣٠)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٦)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٢٢).

(٤) في العبارة ركاكة في التركيب لا تخفى، ولها نظائر.

(٥) ليست في (ب).

(٦) حكى الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٧٩)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (١٥/ ٤٤٢).

(٧) من (أ).

يَحْجُبُونَ بَنِيهِمْ، وَالْآبَاءُ أَجْدَادُهُمْ، وَالْبَنُونَ وَبَنُوهُمْ يَحْجُبُونَ الْإِخْوَةَ، وَالْجَدُّ يَحْجُبُ مَنْ فَوْقَهُ بِإِجْمَاعٍ مِنَ الْأَجْدَادِ، وَالْأَبُ يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ وَيَحْجُبُ مَنْ تَحْجُبُهُ الْإِخْوَةُ، وَالْجَدُّ يَحْجُبُ الْأَعْمَامَ بِإِجْمَاعٍ[(١)] وَالْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ، وَيَحْجُبُ بَنِي الْإِخْوَةِ الشَّقَائِقِ وبَنِي الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ، وَالْبَنَاتُ وَبَنَاتُ الْبَنِينَ يَحْجُبْنَ الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ[(٢)].

٢٥٠٧ **وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ** فِيمَنْ تَرَكَ ابْنَيْ[(٣)] عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِلْأُمِّ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٤)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٥)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٦)]، وَالثَّوْرِيُّ[(٧)]: لِلْأَخِ لِلْأُمِّ السُّدُسُ مِنْ جِهَةِ مَا هُوَ أَخٌ لِأُمٍّ، وَهُوَ فِي بَاقِي الْمَالِ مَعَ ابْنِ الْعَمِّ الْآخَرِ عَصَبَةٌ يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ عَلَى السَّوَاءِ، وَهُوَ قَوْلُ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ[(٨)]، وَزَيْدٍ[(٩)]، وَابْنِ عَبَّاسٍ[(١٠)].

وَقَالَ قَوْمٌ: الْمَالُ كُلُّهُ لِابْنِ الْعَمِّ الَّذِي هُوَ أَخٌ لِأُمٍّ يَأْخُذُ سُدُسَهُ بِالْأُخُوَّةِ وَبَقِيَّتَهُ بِالتَّعْصِيبِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَدْلَى بِسَبَبَيْنِ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ مِنَ الصَّحَابَةِ: ابْنُ مَسْعُودٍ[(١١)].

---

(١) حكى الإجماع: ابن حزم فِي «المحلى» (٨/ ٣٢٨)، والبغوي فِي «شرح السُّنَّة» (٤/ ٣٦٦)، والنووي في «روضة الطالبين» (٦/ ٢٢)، وشيخ الإسلام ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٥/ ٥٠٦).

(٢) حكى الإجماع على ذلك: ابن حزم في «المحلى» (٨/ ٣٢٨).

(٣) في (م): «ابنا».

(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٧)، «الشرح الصغير» (٢/ ٢٧٨).

(٥) «روضة الطالبين» (٦/ ٢٨)، «مغني المحتاج» (٣/ ٢١).

(٦) «المبسوط» (٣٠/ ٨٥).

(٧) «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٧)، «الأوسط» (٧/ ٣٩١).

(٨) «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٧)، «الأوسط» (٧/ ٣٩١).

(٩) «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٧)، «الأوسط» (٧/ ٣٩١). .

(١٠) «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٧)، «الأوسط» (٧/ ٣٩١).

(١١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٧)، «الأوسط» (٧/ ٣٩٢).

وَمِنَ الْفُقَهَاءِ دَاوُدُ[١]، وَأَبُو ثَوْرٍ[٢]، وَالطَّبَرِيُّ[٣].

وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ[٤] وَعَطَاءٍ[٥].

٢٥٠٨ وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِ الْوَرَثَةِ عَلَى ذَوِي الْفَرَائِضِ إِذَا بَقِيَتْ مِنَ الْمَالِ فَضْلَةٌ لَمْ تَسْتَوْفِهَا الْفَرَائِضُ وَلَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مَنْ يُعَصِّبُ:

فَكَانَ زَيْدٌ لَا يَقُولُ بِالرَّدِّ وَيَجْعَلُ الْفَاضِلَ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[٦]، وَالشَّافِعِيُّ[٧].

وَقَالَ جُلُّ الصَّحَابَةِ[٨] بِالرَّدِّ عَلَى ذَوِي الْفَرَائِضِ مَا عَدَا الزَّوْجَ وَالزَّوْجَةَ؛ وَإِنْ كَانُوا اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ ذَلِكَ، وَبِهِ قَالَ فُقَهَاءُ الْعِرَاقِ مِنَ الْكُوفِيِّينَ وَالْبَصْرِيِّينَ[٩].

٢٥٠٩ **وَأَجْمَعَ هَؤُلَاءِ الْفُقَهَاءُ** عَلَى أَنَّ الرَّدَّ يَكُونُ لَهُمْ بِقَدْرِ سِهَامِهِمْ، فَمَنْ

---

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٧)، «الأوسط» (٧/ ٣٩٢).

(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٧)، «الأوسط» (٧/ ٣٩٢).

(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٨)، «الأوسط» (٧/ ٣٩٢).

(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٨)، «الأوسط» (٧/ ٣٩٢).

(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٨)، «الأوسط» (٧/ ٣٩٢).

(٦) «الاستذكار» (١٥/ ٤٧٩)، «بلغة السالك» (٤/ ٣٤٩).

(٧) «نهاية المطلب» (٩/ ٢٠١)، «روضة الطالبين» (٦/ ٦)، «الحاوي الكبير» (١٠/ ٣٨٢)، «حلية العلماء» (٦/ ٢٩٢).

(٨) إلا أنَّه نُقِل عن عثمان ﷺ أنَّه ردَّ على زوج. ويُمكن ردُّه من **طريقين**:
الأوَّل: عدم التسليم بصحته، كما جزمَ به ابنُ عبد البر. انظر: «الاستذكار» (١٥/ ٤٨٦).
والثَّاني: التأويل عند التسليم بصحته باحتمال أن يكون الزَّوج عَصَبة، أو ذا رحم فأعطاه لذلك.
أو أنَّه: أعطاه من مال بيت المال، لا على سبيل الميراث. كما ذكر ذلك ابن قدامة وغيره.
انظر: «المغني» (٩/ ٤٩).

(٩) «الاستذكار» (١٥/ ٤٨٦).

كَانَ لَهُ نِصْفٌ أَخَذَ النِّصْفَ مِمَّا بَقِيَ، وَهَكَذَا فِي كُلِّ[(١)] جُزْءٍ جُزْءٍ[(٢)].

وَعُمْدَتُهُمْ:

أَنَّ قَرَابَةَ الدِّينِ وَالنَّسَبِ [ب/٤٠٤ظ] أَوْلَى مِنْ قَرَابَةِ الدِّينِ فَقَطْ؛ أَيْ: أَنَّه اجْتَمَعَ[(٣)] لَهُمْ سَبَبَانِ وَلِلْمُسْلِمِينَ سَبَبٌ وَاحِدٌ.

وَهُنَا مَسَائِلُ مَشْهُورَةُ الْخِلَافِ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ [أ/٤٥٦ظ] فِيمَا يَتَعَلَّقُ[(٤)] بِأَسْبَابِ الْمَوَارِيثِ يَجِبُ أَنْ نَذْكُرَهَا هَاهُنَا.

٢٥١٠ **فَمِنْهَا**:

أَنَّهُ **أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ** عَلَى أَنَّ الْكَافِرَ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمَ[(٥)]، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾﴾ [النساء: ١٤١].

وَلِمَا ثَبَتَ مِنْ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ**»[(٦)].

٢٥١١ **وَاخْتَلَفُوا** فِي مِيرَاثِ الْمُسْلِمِ الْكَافِرَ، وَفِي مِيرَاثِ الْمُسْلِمِ الْمُرْتَدَّ:

فَذَهَبَ جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ وَفُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ[(٧)] أَنَّهُ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ بِهَذَا الْأَثَرِ الثَّابِتِ.

وَذَهَبَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ[(٨)] وَمُعَاوِيَةُ[(٩)] مِنَ الصَّحَابَةِ وَسَعِيدُ بْنُ

---

(١) من (م).

(٢) حكى الإجماع: ابن عبد البر فِي «الاستذكار» (١٥/ ٤٨٦)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ٤٩)، والزيلعي فِي «تبيين الحقائق» (٧/ ٥٠٢)، والقرافي فِي «الذخيرة» (١٣/ ٥٤)، والشربيني فِي «مغني المحتاج» (٣/ ٧).

(٣) مكانها بياض في (ب).

(٤) في (م): «تتعلق».

(٥) حكى الإجماع على ذلك: ابن عبد البر في «التمهيد» (٩/ ١٩٢)، والسرخسي في «المبسوط» (٣٠/ ٣٠)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ١٥٤)، والنووي في «شرح مسلم» (١١/ ٥٢)، والشربيني في «مغني المحتاج» (٣/ ٢٤).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩٠).

(٨) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩٠).

(٩) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩٠).

الْمُسَيَّبِ[(١)] وَمَسْرُوقٌ[(٢)] مِنَ التَّابِعِينَ وَجَمَاعَةٌ إِلَى أَنَّ الْمُسْلِمَ يَرِثُ الْكَافِرَ، وَشَبَّهُوا ذَلِكَ بِنِسَائِهِمْ، فَقَالُوا: كَمَا يَجُوزُ لَنَا أَنْ نَنْكِحَ نِسَاءَهُمْ وَلَا يَجُوزُ لَنَا أَنْ نُنْكِحَهُمْ نِسَاءَنَا كَذَلِكَ الْإِرْثُ، وَرَوَوْا فِي ذَلِكَ حَدِيثًا مُسْنَدًا[(٣)].

قَالَ أَبُو عُمَرَ[(٤)]: وَلَيْسَ بِالْقَوِيِّ عِنْدَ الْجُمْهُورِ، وَشَبَّهُوهُ أَيْضًا بِالْقِصَاصِ فِي الدِّمَاءِ الَّتِي لَا تَتَكَافَأُ.

٢٥١٢ وَأَمَّا مَالُ الْمُرْتَدِّ إِذَا قُتِلَ أَوْ مَاتَ[(٥)]:

فَقَالَ جُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْحِجَازِ[(٦)] هُوَ [م/٢٥٧و] لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَلَا يَرِثُهُ قَرَابَتُهُ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[(٧)] وَالشَّافِعِيُّ[(٨)]، وَهُوَ قَوْلُ زَيْدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ[(٩)].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(١٠)]، وَالثَّوْرِيُّ[(١١)]، وَجُمْهُورُ الْكُوفِيِّينَ وَكَثِيرٌ مِنَ الْبَصْرِيِّينَ: يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ.

وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ مِنَ الصَّحَابَةِ[(١٢)] وَعَلِيٍّ[(١٣)] - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا[(١٤)].

---

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩١). (٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩١).

(٣) أخرج سعيدُ بن منصورٍ في «سننه» (١٤٧)، عَنِ الشَّعْبِيِّ قَالَ: لَمَّا قَضَى مُعَاوِيَةُ بِمَا قَضَى بِهِ مِنْ ذَلِكَ، فَقَالَ عَبْدُ اللهِ بْنُ مَعْقِلٍ: مَا أُحْدِثَ فِي الإِسْلَامِ قَضَاءٌ بَعْدَ قَضَاءِ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ هُوَ أَعْجَبُ إِلَيَّ مِنْ قَضَاءِ مُعَاوِيَةَ: إِنَّا نَرِثُهُمْ وَلَا يَرِثُونَا، كَمَا أَنَّ النِّكَاحَ يَحِلُّ لَنَا فِيهِمْ، وَلَا يَحِلُّ لَهُمْ فِينَا.

(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩٢). (٥) في (م): «تاب».

(٦) «الاستذكار» (١٥/ ٤٨٩). (٧) «الاستذكار» (١٥/ ٤٨٨).

(٨) «الحاوي الكبير» (٨/ ١٧٤).

(٩) «الاستذكار» (١٥/ ٤٨٨)، «المغني» (٩/ ١٥٩).

(١٠) «المبسوط» (٣٠/ ٣٧).

(١١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٨٨)، «المغني» (٩/ ١٥٩).

(١٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٨٨)، «المغني» (٩/ ١٥٩).

(١٣) «الاستذكار» (١٥/ ٤٨٨)، «المغني» (٩/ ١٥٩).

(١٤) قال ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٧٤): «وأجمع كل من نحفظ عنه على أن المرتد =

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ**: عُمُومُ الْحَدِيثِ.

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ: تَخْصِيصُ الْعُمُومِ بِالْقِيَاسِ.

وَقِيَاسُهُمْ فِي ذَلِكَ:

هُوَ أَنَّ قَرَابَتَهُ أَوْلَى مِنَ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُمْ يُدْلُونَ بِسَبَبَيْنِ: بِالْإِسْلَامِ وَالْقَرَابَةِ، وَالْمُسْلِمُونَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ الْإِسْلَامُ، وَرُبَّمَا أَكَّدُوا بمَا يَبْقَى لِمَالِهِ مِنْ حُكْمِ الْإِسْلَامِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ فِي الْحَالِ حَتَّى يَمُوتَ، (إِلَّا ما رُوِيَ عَنْ أَشْهَبَ[1])[2].

فَكَانَتْ حَيَاتُهُ مُعْتَبَرَةً فِي بَقَاءِ مَالِهِ عَلَى مِلْكِهِ، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِأَنْ يَكُونَ لِمَالِهِ[3] حُرْمَةٌ إِسْلَامِيَّةٌ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَجُزْ أَنْ يُقَرَّ عَلَى الِارْتِدَادِ، بِخِلَافِ الْكَافِرِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[4] وَغَيْرُهُ: يُؤْخَذُ بِقَضَاءِ الصَّلَاةِ إِذَا تَابَ مِنَ الرِّدَّةِ فِي أَيَّامِ الرِّدَّةِ. وَالطَّائِفَةُ الْأُخْرَى تَقُولُ: يُوقَفُ مَالُهُ؛ لِأَنَّ لَهُ حُرْمَةً إِسْلَامِيَّةً، وَإِنَّمَا وُقِفَ رَجَاءَ أَنْ يَعُودَ إِلَى الْإِسْلَامِ، وَأَنَّ اسْتِيجَابَ[5] الْمُسْلِمِينَ لِمَالِهِ لَيْسَ[6] عَلَى طَرِيقِ الْإِرْثِ.

وَشَذَّتْ طَائِفَةٌ [ب/٤٠٥و] فَقَالَتْ: مَالُهُ لِلْمُسْلِمِينَ عِنْدَمَا يَرْتَدُّ، وَأَظُنُّ أَنَّ أَشْهَبَ مِمَّنْ يَقُولُ بِذَلِكَ[7].

= بارتداده لا يزول ملكه من ماله، وأجمعوا أن برجوعه إلى الإسلام ماله مردود إليه ما لم يلحق بدار حرب».
وقال أيضًا: «وأجمع كل من نحفظ عنه على أن المرتد إذا تاب ورجع إلى الإسلام أن ماله مردود إليه».

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٨٨). (٢) من (م).

(٣) ليست في (م). (٤) «البيان» (١٦/ ٥٣).

(٥) أي: استحقاق، وهي شهيرة في كتب الفقه، والذي في (أ): «استحباب»، وهو تصحيفٌ.

(٦) من (م).

(٧) قال القرافي في «الذخيرة» (١٢/ ٤٤): «وَيَرْجِعُ إِلَيْهِ مَالُهُ إِلَّا أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ فَفِيهِنَّ =

٢٥١٣ **وَأَجْمَعُوا** عَلَى تَوْرِيثِ أَهْلِ الْمِلَّةِ الْوَاحِدَةِ بَعْضَهُمْ [أ/ ٤٥٧و] بَعْضًا(١).

٢٥١٤ **وَاخْتَلَفُوا** فِي تَوْرِيثِ الْمِلَلِ الْمُخْتَلِفَةِ:

فَذَهَبَ مَالِكٌ(٢) وَجَمَاعَةٌ إِلَى أَنَّ أَهْلَ الْمِلَلِ الْمُخْتَلِفَةِ لَا يَتَوَارَثُونَ كَالْيَهُودِ وَالنَّصَارَى، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ(٣) وَجَمَاعَةٌ(٤).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٥)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٦)، وَالثَّوْرِيُّ(٧)، وَأَبُو ثَوْرٍ(٨)، وَدَاوُدُ(٩) وَغَيْرُهُمْ: الْكُفَّارُ كُلُّهُمْ يَتَوَارَثُونَ.

وَكَانَ شُرَيْحٌ(١٠)، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى(١١) يَجْعَلُونَ الْمِلَلَ الَّتِي لَا تَتَوَارَثُ ثَلَاثًا: الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى وَالصَّابِئِينَ مِلَّةً، وَالْمَجُوسَ وَمَنْ لَا كِتَابَ لَهُ مِلَّةً، (وَالْإِسْلَامَ مِلَّةً)(١٢).

وَقَدْ رُوِيَ عَنِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى(١٣) مِثْلُ قَوْلِ مَالِكٍ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ: مَا رَوَى الثِّقَاتُ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ،

= خِلَافٌ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَرْجِعْنَ يَطَؤُهُنَّ. وَقَالَ أَشْهَبُ: عَتَقْنَ بِالرِّدَّةِ كَامْرَأَتِه».

(١) حكى الإجماعَ: ابنُ حزمٍ في «مراتبِ الإجماعِ» (ص١٨٨)، والبغويُّ في «شرح السُّنَّة» (٨/ ٢٦٤).

(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩٤)، «الشرح الصغير» (٤/ ٧١٤).

(٣) «الإنصاف» (١٨/ ٢٧٧).

(٤) من (م).

(٥) «البيان» (٩/ ١٧)، «روضة الطالبين» (٧/ ٦٧)، «مغني المحتاج» (٣/ ١٤٧).

(٦) «المبسوط» (٣٠/ ٥٦).

(٧) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩٤)، «الأوسط» (٧/ ٤٧٥).

(٨) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩٤)، «الأوسط» (٧/ ٤٧٥).

(٩) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩٤).

(١٠) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩٥)، «الأوسط» (٧/ ٤٧٥).

(١١) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩٥)، «الأوسط» (٧/ ٤٧٥).

(١٢) من (م).

(١٣) «الاستذكار» (١٥/ ٤٩٥).

عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ**»(١).

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَفِيَّةِ: قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ**

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٩١١)، والنسائي في «الكبرى» (٦٣٥٠) (٦٣٥١)، وابن ماجه (٢٧٣١)، وأحمد (٢/ ١٧٨، ١٩٥)، وسعيد بن منصور (١٣٧) ـ ومن طريقه الطبراني في «الأوسط» (٦٣١٩) ـ، والدارقطني (٤/ ٧٢ ـ ٧٣)، البيهقي (٦/ ٢١٨)، وفي «المعرفة» (٩/ ١٠٤)، والبغوي في «شرح السُّنَّة» (٢٢٣٢)، من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدِّه، مرفوعًا بِهِ.

قال ابن الملقن في «البدر» (٧/ ٢٢١): «وَهَذَا إِسْنَاد جيد إِلَى عَمرو. لَا جرم قَالَ أَبُو عمر بن عبد الْبر فِي كتاب «الْفَرَائِض» لهُ: «هَذَا الْإِسْنَاد لَا مطْعن فِيهِ عِنْد أحدٍ مِنْ أهل الْعلم بِالْحَدِيثِ».

لَكِن خَالف أَبُو عُمر نَفْسَه فِي هَذِه؛ فَضَعَّفه فِي «تمهيده».

وقال القرطبيُّ ﵀ في «المفهم» (٤/ ٥٦٨ ـ ٥٦٩): وقوله: «**لا يتوارث أهل ملَّتين**»، قال بظاهره مالك، فلا يرث اليهوديّ النصرانيَّ، ولا يرثان المجوسيَّ، وهكذا جميع أهل الملل؛ أخذًا بظاهر هذا الحديث.

وقال الشافعيّ، وأبو حنيفة، وداود: إن الكفار كلهم أهل ملة واحد، وإنهم يتوارثون، محتجِّين بقوله تعالى: ﴿وَلَن تَرْضَىٰ عَنكَ ٱلْيَهُودُ وَلَا ٱلنَّصَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ﴾ [البقرة: ١٢٠]، فوحَّد الْمِلَّة، وبقوله تعالى: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِىَ دِينِ ۝٦﴾ [الكافرون: ٦]، والخطاب بـ ﴿لَكُمْ﴾ للكفار كلهم مع توحيد ﴿دِينِ﴾، وتأولوا قوله: «**لا يتوارث أهل ملتين**» على أن المراد به الإسلام والكفر، كما قال في الحديث الأول: «**لا يرث المسلم الكافر**»، ولا حجَّة في ذلك.

أمَّا الآية **الأولى**: فلأن ملّتهم وإن كانت موحدة في اللفظ، فهي مكثرة في المعنى؛ لأنه قد أضافها إلى ضمير الكثرة، كما تقول: أخذتُ عن علماء المدينة عِلْمَهم ـ مثلًا ـ، وسمعتُ عليهم حديثهم؛ يعني: علومهم، وأحاديثهم.

وأمَّا **الثانية**: فلأن الذين نزلت الآية جوابًا لهم إنَّما هم مشركو قريش، قالوا للنبيّ ﷺ: تَعَالَ نشترك في أمرنا وأمرك، تدين بديننا، وندين بدينك، فنستوي في الأخذ بالخير، فأنزلها الله تعالى مخاطبةً لهم. وهم صنفٌ واحدٌ من الكفار، وهم الوثنيون، وكيف لا يكون ما قاله مالك، وقد قال الله تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ [المائدة: ٤٨]، فالعربُ تزعم أنها على شريعة إبراهيم، واليهود على شريعة موسى، والنَّصارى على شريعة عيسى، في ملل متعددة، وشرائع مختلفة».

الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ»[١].

وَذَلِكَ: أَنَّ الْمَفْهُومَ مِنْ هَذَا بِدَلِيلِ الْخِطَابِ: أَنَّ الْمُسْلِمَ يَرِثُ الْمُسْلِمَ، وَالْكَافِرَ يَرِثُ الْكَافِرَ.

وَالْقَوْلُ بِدَلِيلِ الْخِطَابِ فِيهِ ضَعْفٌ، وَخَاصَّةً هُنَا.

٢٥١٥ **وَاخْتَلَفُوا** فِي تَوْرِيثِ الْحُمَلَاءِ.

وَالْحُمَلَاءُ: هُمُ الَّذِينَ يَتَحَمَّلُونَ بِأَوْلَادِهِمْ مِنْ بِلَادِ الشِّرْكِ إِلَى بِلَادِ الْإِسْلَامِ.

أَعْنِي: أَنَّهُمْ يُولَدُونَ فِي بِلَادِ الشِّرْكِ ثُمَّ يَخْرُجُونَ إِلَى بِلَادِ الْإِسْلَامِ، وَهُمْ يَدَّعُونَ تِلْكَ الْوِلَادَةَ الْمُوجِبَةَ لِلنَّسَبِ؛ وَذَلِكَ عَلَى **ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ**:

قَوْلٍ: إِنَّهُمْ يَتَوَارَثُونَ بِمَا يَدَّعُونَ مِنَ النَّسَبِ، وَهُوَ قَوْلُ جَمَاعَةٍ مِنَ التَّابِعِينَ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ إِسْحَاقُ[٢].

وَقَوْلٍ: إِنَّهُمْ لَا يَتَوَارَثُونَ (إِلَّا بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ عَلَى أَنْسَابِهِمْ، وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ[٣]، وَالْحَسَنُ[٤] وَجَمَاعَةٌ.

وَقَوْلٍ: إِنَّهُمْ لَا يَتَوَارَثُونَ)[٥] أَصْلًا.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ[٦] الثلاثَةُ الْأَقْوَالِ، إِلَّا أَنَّ الْأَشْهَرَ عَنْهُ أَنَّهُ كَانَ لَا يُوَرِّثُ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠١)، «الأوسط» (٧/ ٤٨٨).

(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠١)، «الأوسط» (٧/ ٤٨٨).

(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠١)، «الأوسط» (٧/ ٤٨٨).

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٦) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠١)، «الأوسط» (٧/ ٤٨٨).
قال ابن المنذر (٧/ ٤٨٩): «وقد تكلم أهل العلم في الأخبار التي رويت عن عمر، وعثمان، فدفع حديث عمر يحيى بن معين، لأن الذي رواه علي بن زيد قال: كان يحيى بن معين يقول: ليس بشيء، وكان يحيى القطان يتقي الحديث عن علي بن زيد، وحديث عثمان مرسل. =

إِلَّا مَنْ وُلِدَ فِي بِلَادِ الْعَرَبِ وَهُوَ قَوْلُ عُثْمَانَ(١)، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ(٢).

= وقد اختلفوا في تفسير الحميل:

فحكي عن يحيى بن آدم أنه قال: الحميل: ما وُلِد في الشرك فتعارفوا في الإسلام، فأقر بعضهم بقرابة بعض، فإنه لا يجوز إقرارهم ولا يصدِّقون إلا ببينة، وقال بعضهم: الحميل الذي يحمل نسبه على غيره مثل أن يقول: هذا ابن ابني أو أخي أو عمي أو ابن عمي، وكل نسب فكذلك إلا الولد، فإنهم لا يختلفون فيمن أقرَّ فقال: هذا الطفل ابني وليس للطفل نسب معروف ينسب إليه أن نسبه يثبت بإقراره، وكذلك لو ادعى بالغًا من الرجال فقال: هذا ابني وأقر له البالغ بذلك، ولا نسب معروف للبالغ المقر به، أنه ابنه إذا جاز أن يولد لمثله مثله، وكان سفيان الثوري يقول: إذا ادَّعت المرأة أن هذا ولدها لم يجز إلا ببينة ليست هي بمنزلة الأب، وكذلك قال يحيى بن آدم، وقال بعضهم: الفرق بين الرجل والمرأة في الإقرار بالولد أن الرجل لا يطلع على ثبوت نسب الولد منه إلا بإقراره، والمرأة على الشهادة على ولادتها فكلفت البينة، وكذلك قال أبو ثور، ولم يحكوا في هذا اختلافًا، ولا أعلم أحدًا خالف هذا إلا إسحاق، فإنه كان يرى أن إقرار المرأة جائزة كإقرار الرجل ويقول: هي أثبت إقرارًا وأولى بأن يُقبل قولها من الرجل، لأن المرأة تزني فتأتي بولد فيثبت نسبه منها وإن كان من زنا، والرجل إذا زنى لم يثبت نسب الولد منه، ولا يجوز إقراره بولد الزنا في قول عامة العلماء، وحكي عن أصحاب الرأي أنهم قالوا: لا يجوز إقرار الرجل إلا بأربعة: بالولد، والأب، والمرأة، والمولى، ولا يجوز إقرار المرأة إلا بثلاثة: بالولد إذا صدَّقها، وبالزوج، والمولى، ولا يجوز إقرارها بالولد، وذلك إذا كان للمُقر وارث معروف، قالوا: فإذا لم يكن له وارث معروف فإنا نجيز إقراره لمن أقر به سوى هؤلاء، ويدفع ماله إلى من أقر به، قالوا: لأنا نجعل إقراره له بمنزلة الوصية منه له من غير أن يثبت نسبه، واحتجوا بحديث ابن مسعود أنه قال: يا معشر همدان إنكم أحرى حي أن يموت الرجل منكم وليس له وارث يُعلم، فإذا كان ذلك فليضع ماله حيث يشاء، قالوا: فإذا أقرت المرأة بابن لها وليس لها وارث يُعرف، فإن ميراثها يدفع إلى الذي أقرت به، قالوا: فإن كان لها زوج لم يحجب الزوج عن النصف بإقرارها، ولكن يعطى الزوج النصف والباقي لابنها. قالوا: لأن لها أن تضع مالها حيث أحبت والباقي بعد ميراث الزوج، كأنها أوصت به لهذا الابن الذي أقرت به».

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠١)، «الأوسط» (٧/ ٤٨٦).

(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠١)، «الأوسط» (٧/ ٤٨٦).

وَأَمَّا مَالِكٌ[١]، وَأَصْحَابُهُ:

فَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُمْ:

فَمِنْهُمْ: مَنْ رَأَى أَنْ لَا يُوَرَّثُوا (إِلَّا بِبَيِّنَةٍ)[٢]، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ[٣].

وَمِنْهُمْ: مَنْ رَأَى أَنْ لَا يُوَرَّثُوا أَصْلًا وَلَا بِالْبَيِّنَةِ الْعَادِلَةِ، وَمِمَّنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونِ[٤].

وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ[٥] فِي أَهْلِ حِصْنٍ نَزَلُوا عَلَى حُكْمِ الْإِسْلَامِ، فَشَهِدَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَنَّهُمْ يَتَوَارَثُونَ، وَهَذَا يَتَخَرَّجُ مِنْهُم[٦] أَنَّهُمْ يَتَوَارَثُونَ بِلَا بَيِّنَةٍ؛ لِأَنَّ مَالِكًا لَا يُجَوِّزُ شَهَادَةَ [أ/٤٥٧ظ] الْكُفَّارِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ، قَالَ: فَأَمَّا إِنْ سُبُوا فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُمْ فِي ذَلِكَ وَبِنَحْوِ هَذَا التَّفْصِيلِ قَالَ الْكُوفِيُّونَ[٧] [م/٢٥٨و] وَالشَّافِعِيُّ[٨]، وَأَحْمَدُ[٩]، [ب/٤٠٥ظ] وَأَبُو ثَوْرٍ[١٠].

وَذَلِكَ أَنَّهُمْ قَالُوا: إِنْ خَرَجُوا إِلَى بِلَادِ الْإِسْلَامِ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِمْ يَدٌ قُبِلَتْ دَعْوَاهُمْ فِي أَنْسَابِهِمْ.

٢٥١٦ وَأَمَّا إِنْ أَدْرَكَهُمُ السَّبْيُ وَالرِّقُّ فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُمْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ.

فَفِي الْمَسْأَلَةِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ:

اثْنَانِ طَرَفَانِ، وَاثْنَانِ مُفَرِّقَانِ.

وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ وَمِنَ الصَّحَابَةِ عَلِيٌّ وَزَيْدٌ، وَعُمَرُ: أَنَّ مَنْ لَا يَرِثُ لَا يَحْجُبُ مِثْلَ الْكَافِرِ وَالْمَمْلُوكِ وَالْقَاتِلِ عَمْدًا[١١].

---

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٢).
(٢) من (م).
(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٢).
(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٢).
(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٢).
(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «منه».
(٧) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٢).
(٨) «روضة الطالبين» (٦/ ٧٩).
(٩) «الإنصاف» (١٨/ ٢٧٨).
(١٠) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٢).
(١١) حكى الإجماع على ذلك: ابن حزم في «المحلى» (٩/ ٣٠١)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٠٣).

وَكَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ يَحْجُبُ بِهَؤُلَاءِ[1] الثَّلَاثَةِ دُونَ أَنْ يُوَرِّثَهُمْ؛ أَعْنِي: بِأَهْلِ الْكِتَابِ وَبِالْمَمْلُوكِينَ وَبِالْقَاتِلِينَ عَمْدًا، وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ[2]، وَأَبُو ثَوْرٍ[3].

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ الْحَجْبَ فِي مَعْنَى الْإِرْثِ وَأَنَّهُمَا مُتَلَازِمَانِ.

وَحُجَّةُ الطَّائِفَةِ الثَّانِيَةِ: أَنَّ الْحَجْبَ لَا يَرْتَفِعُ إِلَّا بِالْمَوْتِ.

[توارث المفقودين]:

٢٥١٧ **وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ** فِي الَّذِينَ يُفْقَدُونَ فِي حَرْبٍ أَوْ غَرَقٍ أَوْ هَدْمٍ، وَلَا يُدْرَى مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ قَبْلَ صَاحِبِهِ، كَيْفَ يَتَوَارَثُونَ إِذَا كَانُوا أَهْلَ مِيرَاثٍ؟

فَذَهَبَ مَالِكٌ[4] وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ إِلَى أَنَّهُمْ لَا يُوَرَّثُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ، وَأَنَّ مِيرَاثَهُمْ جَمِيعًا لِمَنْ بَقِيَ مِنْ قَرَابَتِهِمُ الْوَارِثِينَ أَوْ لِبَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ قَرَابَةٌ تَرِثُ[5]، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[6] وَأَبُو حَنِيفَةَ[7] وَأَصْحَابُهُ[8]، فِيمَا حَكَى الطَّحَاوِيُّ[9].

وَذَهَبَ عَلِيٌّ[10]، وَعُمَرُ[11] رضي الله عنهما وَأَهْلُ الْكُوفَةِ[12]، وَأَبُو حَنِيفَةَ فِيمَا ذَكَرَ غَيْرُ الطَّحَاوِيِّ عَنْهُم، وَجُمْهُورُ الْبَصْرِيِّينَ[13] إِلَى أَنَّهُمْ يَتَوَارَثُونَ، وَصِفَةُ تَوْرِيثِهِمْ عِنْدَهُمْ أَنَّهُمْ يُوَرِّثُونَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ صَاحِبِهِ فِي أَصْلِ مَالِهِ دُونَ مَا وَرِثَ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ؛ أَعْنِي: أَنَّهُ لَا يُضَمُّ إِلَى مَالِ الْمُوَرِّثِ مَا وَرِثَ مِنْ غَيْرِهِ، فَيَتَوَارَثُونَ

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «هؤلاء».
(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٢)، «المحلى» (٩/ ٣٠١).
(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٢).
(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٧)، «الشَّرح الصغير» (٤/ ٤٠٣).
(٥) ليست في (م).
(٦) «البيان» (٩/ ٣٣)، «فتح العَزيز» (٦/ ٥٢٢)، «روضة الطَّالبين» (٦/ ٣٢ ـ ٣٣).
(٧) «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٤٥٤ ـ ٤٥٥)، «الاختيار» (٥/ ١٣٥).
(٨) ليست في (م).
(٩) في «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٤٥٤ ـ ٤٥٥).
(١٠) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٧).
(١١) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٧).
(١٢) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٧).
(١٣) «الاستذكار» (١٥/ ٥٠٧).

الْكُلَّ عَلَى أَنَّهُ مَالٌ وَاحِدٌ كَالْحَالِ فِي الَّذِينَ يُعْلَمُ تَقَدُّمُ مَوْتِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ.

مِثَالُ ذَلِكَ:

زَوْجٌ وَزَوْجَتُهُ تُوُفِّيَا فِي حَرْبٍ أَوْ غَرَقٍ أَوْ هَدْمٍ وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَيُوَرَّثُ الزَّوْجُ مِنَ الْمَرْأَةِ خَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ، وَتُوَرَّثُ الْمَرْأَةُ مِنَ الْأَلْفِ الَّتِي كَانَتْ بِيَدِ الزَّوْجِ دُونَ الْخَمْسِ مِئَةِ دِرْهَمٍ[١] الَّتِي وَرِثَ مِنْهَا[٢] رُبُعَهَا [أ/٤٥٨و] وَذَلِكَ مِائَتَانِ وَخَمْسُونَ.

٢٥١٨ وَمِنْ مَسَائِلِ هَذَا الْبَابِ:

اخْتِلَافُ الْعُلَمَاءِ فِي مِيرَاثِ وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ وَوَلَدِ الزِّنَا.

فَذَهَبَ جمهور أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ[٣] إِلَى أَنَّ وَلَدَ الْمُلَاعَنَةِ يُوَرَّثُ كَمَا يُوَرَّثُ غَيْرُ [ب/٤٠٦و] وَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِأُمِّهِ إِلَّا الثُّلُثُ وَالْبَاقِي لِبَيْتِ الْمَالِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ إِخْوَةٌ لِأُمٍّ، فَيَكُونُ لَهُمُ الثُّلُثُ[٤]، أَوْ تَكُونُ أُمُّهُ مَوْلَاةً فَيَكُونُ بَاقِي الْمَالِ لِمَوَالِيهَا، وَإِلَّا فَالْبَاقِي لِبَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ.

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[٥]، وَالشَّافِعِيُّ[٦]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٧] وَأَصْحَابِهِم[٨]، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ عَلَى مَذْهَبِهِ يَجْعَلُ ذَوِي الْأَرْحَامِ أَوْلَى مِنْ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ.

وعَلَى قِيَاسِ ـ أَيْضًا ـ مَنْ يَقُولُ بِالرَّدِّ يُرَدُّ عَلَى الْأُمِّ بَقِيَّةُ الْمَالِ.

---

(١) من (م).
(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لها».
(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٥١١).
(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «السدس».
(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٥١١)، «التَّفريع» (٢/ ٣٣٧)، «القوانين الفقهية» (٣١٩).
(٦) «الأم» (٤/ ١١٠)، «التَّهذيب» (٥/ ٤٩)، «فتح العزيز» (٦/ ٥٢١)، «روضة الطَّالبين» (٦/ ٤٤).
(٧) «الأصل» (٦/ ٩٥)، «المبسوط» (٣٠/ ٣٣).
(٨) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «وأصحابه».

وَذَهَبَ عُمَرُ(١) وَابْنُ مَسْعُودٍ(٢) وَعَلِيٌّ(٣) إِلَى أَنَّ عَصَبَتَهُ عَصَبَةُ أُمِّهِ؛ أَعْنِي: الَّذِينَ يَرِثُونَهَا.

وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ(٤)، وَابْنِ مَسْعُودٍ(٥) أَنَّهُمْ كَانُوا لَا يَجْعَلُونَ عَصَبَتَهُ عَصَبَةَ أُمِّهِ إِلَّا مَعَ فَقْدِ الْأُمِّ وَكَانُوا يُنْزِلُونَ الْأُمَّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ، وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ(٦)، وَابْنُ سِيرِينَ(٧)، وَالثَّوْرِيُّ(٨)، وَابْنُ حَنْبَلٍ(٩) وَجَمَاعَةٌ.

وَعُمْدَةُ الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ:

قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١]، فَقَالُوا: هَذِهِ أُمٌّ، وَكُلُّ أُمٍّ لَهَا الثُّلُثُ، فَهَذِهِ لَهَا الثُّلُثُ.

وَعُمْدَةُ الْفَرِيقِ الثَّانِي:

مَا رُوِيَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ: «عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ أَلْحَقَ وَلَدَ الْمُلَاعَنَةِ بِأُمِّهِ»(١٠).

وَحَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ قَالَ: «جَعَلَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ مِيرَاثَ ابْنِ الْمُلَاعَنَةِ لِأُمِّهِ وَلِوَرَثَتِهِ»(١١).

وَحَدِيثِ وَاثِلَةَ بْنِ الْأَسْقَعِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «**الْمَرْأَةُ تَحُوزُ(١٢) ثَلَاثَةَ مَوَالٍ: عَتِيقَهَا، وَلَقِيطَهَا، وَوَلَدَهَا الَّتِي لَاعَنَتْ عَلَيْهِ**»(١٣).

---

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٥١١).
(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٥١١).
(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٥١١).
(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٥١١).
(٥) «الاستذكار» (١٥/ ٥١٢).
(٦) «الاستذكار» (١٥/ ٥١٢).
(٧) «الاستذكار» (١٥/ ٥١٢).
(٨) «الاستذكار» (١٥/ ٥١٢).
(٩) «الإنصاف» (١٨/ ٤٣).
(١٠) أخرجه البخاري (٥٣٠٦)، ومسلم (١٤٩٤) بنحوه.
(١١) أخرجه أبو داود (٢٩٠٨).
(١٢) في (م): «تجوز».
(١٣) أخرجه أبو داود (٢٩٠٦)، والترمذي (٢١٢٠)، والنسائي في «الكبرى» (٦٣٦٠) و(٦٣٦١)، وابن ماجه (٢٧٤٢)، وأحمد (٣/ ٤٩٠ و٤/ ١٠٦ ـ ١٠٧)، وابن عدي في «الكامل» (٥/ ١٧٠٧)، والطحاوي في «المشكل» (٢٨٧٠)، والحاكم (٤/ ٣٤٠)، =

وَحَدِيثِ مَكْحُولٍ، عَنِ «النَّبِيِّ ﷺ بِمِثْلِ ذَلِكَ»[(١)]، خَرَّجَ جَمِيعَ ذَلِكَ أَبُو دَاوُدَ وَغَيْرُهُ.

قلت: هَذِهِ الْآثَارُ الْمَصِيرُ إِلَيْهَا وَاجِبٌ؛ لِأَنَّهَا قَدْ خَصَّصَتْ عُمُومَ الْكِتَابِ.

وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ السُّنَّةَ يُخَصَّصُ بِهَا الْكِتَابُ.

وَلَعَلَّ الْفَرِيقَ الْأَوَّلَ لَمْ تَبْلُغْهُمْ هَذِهِ الْأَحَادِيثُ أَوْ لَمْ تَصِحَّ عِنْدَهُمْ، وَهَذَا الْقَوْلُ مَرْوِيٌّ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ[(٢)] وَعُثْمَانَ[(٣)]، وَهُوَ مَشْهُورٌ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ، وَاشْتِهَارُهُ [أ/٤٥٨ظ] فِي الصَّحَابَةِ [م/٢٥٨ظ] دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ هَذِهِ الْآثَارِ، فَإِنَّ هَذَا لَيْسَ يُسْتَنْبَطُ بِالْقِيَاسِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

٢٥١٩ وَمِنْ مَسَائِلِ ثُبُوتِ النَّسَبِ الْمُوجِبِ لِلْمِيرَاثِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِيمَنْ تَرَكَ ابْنَيْنِ وَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِأَخٍ ثَالِثٍ وَأَنْكَرَ الثَّانِي:

= والبيهقي (٦/ ٢٤٠ و٢٥٩)، والمزي في «تهذيب الكمال» (٢١/ ٣٤٦)، من طريق محمد بن حرب، عن عمر بن رؤبة التغلبي عن عبد الواحد بن عبد الله النصري، عن واثلة بن الأسقع به.

قال الترمذي: «هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا مِنْ حَدِيثِ مُحَمَّدِ بْنِ حَرْبٍ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ».

وصححه الحاكم.

وقال البغويُّ في «شَرح السُّنَّةِ» (٨/ ٢٦٣): «وَهَذَا حديثٌ غيرُ ثابتٍ عِنْد أهل النَّقْل، وَاتفقَ أهلُ الْعلم على أَنَّهَا تَأْخُذ مِيرَاث عتيقها».

قال الحافظ فِي «الفتح» (١٢/ ٣١): «فيه عمر بن رؤبة، مختلف فيه، قال البخاري: فيه نظر ووثقه جماعة».

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٠٦) ـ ومن طريقه: البيهقي (٦/ ٢٩٥)، وفي «الخلافيات» (٥/ ١٩٥) ـ.

قال البيهقي: «هَذَا مُرْسَلٌ».

(٢) «الاستذكار» (١٥/ ٥١٥).

(٣) «الاستذكار» (١٥/ ٥١٥).

فَقَالَ مَالِكٌ(١) وَأَبُو حَنِيفَةَ(٢): يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهُ حَقَّهُ مِنَ الْمِيرَاثِ، يَعْنُونَ الْمُقِرَّ، وَلَا يَثْبُتُ بِقَوْلِهِ نَسَبُهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣): لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمُقِرِّ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنَ الْمِيرَاثِ شَيْئًا.

[٢٥١٩/أ] وَاخْتَلَفَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ [ب/٤٠٦ظ] فِي الْقَدْرِ الَّذِي يَجِبُ عَلَى الْأَخِ الْمُقِرِّ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٤): يَجِبُ عَلَيْهِ مَا كَانَ يَجِبُ عَلَيْهِ لَوْ أَقَرَّ الْأَخُ الثَّانِي وَثَبَتَ النَّسَبُ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٥): يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهُ نِصْفَ مَا بِيَدِهِ.

وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ عِنْدَ مَالِكٍ(٦) وَأَبِي حَنِيفَةَ فِيمَنْ تَرَكَ ابْنًا وَاحِدًا فَأَقَرَّ بِأَخٍ لَهُ؛ أَعْنِي: أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ وَيَجِبُ(٧) الْمِيرَاثُ.

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ(٨) فَعَنْهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ **قَوْلَانِ**:

أَحَدُهُمَا: لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ وَلَا يَجِبُ الْمِيرَاثُ.

وَالثَّانِي: يَثْبُتُ النَّسَبُ وَيَجِبُ الْمِيرَاثُ، وَهُوَ الَّذِي عَلَيْهِ تَنَاظُرُ الشَّافِعِيَّةِ فِي الْمَسَائِلِ الطَّوِيلَةِ(٩) (وَيَجْعَلُهَا مَسْأَلَةً عَامَّةً)(١٠)، وَهُوَ: أَنَّ كُلَّ مَنْ يَحُوزُ الْمَالَ يَثْبُتُ النَّسَبُ بِإِقْرَارِهِ وَإِنْ كَانَ وَاحِدًا أَخًا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ.

---

(١) «الاستذكار» (١٥/ ٥١٤).

(٢) «الأصل» (٦/ ٨٧)، «اللباب» (٢/ ٦٩٥).

(٣) «حلية العلماء» (٦/ ٣٠٠)، «الحاوي الكبير» (٨/ ٤٤٨).

(٤) «الاستذكار» (١٥/ ٥١٥).

(٥) «الأصل» (٦/ ٨٨)، «اللباب» (٢/ ٦٩٦).

(٦) «الاستذكار» (١٥/ ٥١٥).

(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بحسب».

(٨) «روضة الطالبين» (٦/ ٨٨).

(٩) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الطبولية»، وفي المطبوع: «الطَّبْلُولِيَّةِ».

(١٠) من (م).

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيَّةِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَهُوَ[١] أَحَد قَوْلَيْه فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ - أَعْنِي: الْقَوْلَ الْغَيْرَ الْمَشْهُورِ: أَنَّ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِشَاهِدَيْ عَدْلٍ، وَحَيْثُ لَا يَثْبُتُ فَلَا مِيرَاثُ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ أَصْلٌ وَالْمِيرَاثَ فَرْعٌ، وَإِذَا لَمْ يُوجَدِ الْأَصْلُ لَمْ يُوجَدِ الْفَرْعُ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ، وَأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ ثُبُوتَ النَّسَبِ هو حَقٌّ مُتَعَدٍّ إِلَى الْأَخِ الْمُنْكِرِ، فَلَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ.

وَأَمَّا حَظُّهُ مِنَ الْمِيرَاثِ الَّذِي بِيَدِ الْمُقِرِّ فَإِقْرَارُهُ فِيهِ عَامِلٌ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ أَقَرَّ بِهِ عَلَى نَفْسِهِ.

[٢٥١٩/ب] وَالْحَقُّ أَنَّ الْقَضَاءَ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ مِنَ الْحَاكِمِ إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ النَّسَبِ، وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ بَيْنَ اللهِ تَعَالَى وَبَيْنَ نَفْسِهِ أَنْ يَمْنَعَ مَنْ يَعْرِفُ أَنَّهُ شَرِيكُهُ فِي الْمِيرَاثِ حَظَّهُ مِنْهُ.

وَأَمَّا عُمْدَةُ [أ/٤٥٩و] الشَّافِعِيَّةِ فِي إِثْبَاتِهِمُ النَّسَبَ بِإِقْرَارِ الْوَاحِدِ الَّذِي يَجُوزُ لَهُ الْمِيرَاثُ: فَالسَّمَاعُ وَالْقِيَاسُ.

أَمَّا السَّمَاعُ:

فَحَدِيثُ مَالِكٍ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ - الْمُتَّفَقُ عَلَى صِحَّتِهِ، قَالَتْ: «كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ عَهِدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ مِنِّي فَاقْبِضْهُ إِلَيْكَ، فَلَمَّا كَانَ عَامُ الْفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ وَقَالَ: ابْنُ أَخِي قَدْ كَانَ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ إِلَيْهِ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ، فَقَالَ: أَخِي[٢]، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي [ب/٤٠٧و] وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، (فَتَسَاوَقَاهُ[٣] إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللهِ، ابْنُ أَخِي (قَدْ كَانَ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ إِلَيْهِ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ، فَقَالَ: أَخِي)[٤] وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَقَالَ

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «في».
(٢) في (ب): «ابن أخي»، ومكان كلمة «ابن» بياض في (م).
(٣) من هنا يبدأ خرم في (ب).
(٤) ما بين القوسين ليس في (ب).

رَسُولُ اللهِ ﷺ: **هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ**، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**، ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ: **احْتَجِبِي مِنْهُ**، لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، قَالَ: فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقِيَ اللهَ ﷻ)[١]، فَقَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ لِعَبْدِ بْنِ زَمْعَةَ بِأَخِيهِ، وَأَثْبَتَ نَسَبَهُ بِإِقْرَارِهِ إِذ لَمْ يَكُنْ هُنَالِكَ وَارِثٌ مُنَازِعٌ لَهُ»[٢].

[٢٥١٩/ج] وَأَمَّا أَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ فَقَدْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ مَعْنَى هَذَا الْحَدِيثِ، لِخُرُوجِهِ عِنْدَهُمْ عَنِ الْأَصْلِ الْمُجْمَعِ عَلَيْهِ فِي إِثْبَاتِ النَّسَبِ.

وَلَهُمْ فِي ذَلِكَ تَأْوِيلَاتٌ، وَذَلِكَ: أَنَّ ظَاهِرَ هَذَا الْحَدِيثِ أَنَّهُ أَثْبَتَ نَسَبَهُ بِإِقْرَارِ أَخِيهِ بِهِ.

وَالْأَصْلُ: أَنْ لَا يَثْبُتَ نَسَبٌ إِلَّا بِشَاهِدَيْ عَدْلٍ، وَلِذَلِكَ تَأَوَّلَ النَّاسُ فِي ذَلِكَ تَأْوِيلَاتٍ:

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: إِنَّهُ إِنَّمَا أَثْبَتَ نَسَبَهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ بِقَوْلِ أَخِيهِ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ قَدْ عَلِمَ أَنَّ تِلْكَ الْأَمَةَ كَانَ يَطَؤُهَا زَمْعَةُ بْنُ قَيْسٍ، وَأَنَّهَا كَانَتْ فِرَاشًا لَهُ.

قَالُوا: وَمِمَّا يُؤَكِّدُ ذَلِكَ أَنَّهُ كَانَ صِهْرَهُ، وَسَوْدَةُ بِنْتُ زَمْعَةَ كَانَتْ زَوْجَتَهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ فَيُمْكِنُ أَنْ لَا يَخْفَى عَلَيْهِ أَمْرُهَا.

وَهَذَا عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِعِلْمِهِ، وَلَا يَلِيقُ هَذَا التَّأْوِيلُ [أ/٤٥٩ظ] [م/٢٥٩و] بِمَذْهَبِ مَالِكٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْضِي الْقَاضِي عِنْدَهُ بِعِلْمِهِ، وَيَلِيقُ بِمَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ عَلَى قَوْلِهِ الْآخَرِ؛ أَعْنِي: الَّذِي لَا يَثْبُتُ فِيهِ النَّسَبُ.

وَالَّذِينَ قَالُوا بِهَذَا التَّأْوِيلِ، قَالُوا: إِنَّمَا أَمَرَ سَوْدَةَ بِالْحَجْبَةِ منه؛ احْتِيَاطًا لِشُبْهَةِ الشَّبَهِ، (لَا أَنَّ)[٣] ذَلِكَ كَانَ وَاجِبًا[٤].

---

(١) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا له في (ب).

(٢) تقدَّم تخريجُه.

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لأن».

(٤) «مناهجُ التَّحصِيلِ» (٥/ ٣٢٤).

وَقَالَ لِمَكَانِ هَذَا بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ: إِنَّ لِلزَّوْجِ أَنْ يَحْجُبَ الْأُخْتَ عَنْ أَخِيهَا[(١)].

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: أَمْرُهُ بِالِاحْتِجَابِ لِسَوْدَةَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُلْحِقْ نَسَبَهُ بِقَوْلِ عُتْبَةَ، وَلَا بِعِلْمِهِ بِالْفِرَاشِ[(٢)].

وَافْتَرَقَ هَؤُلَاءِ فِي تَأْوِيلِ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**هُوَ لَكَ**»:

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: إِنَّمَا أَرَادَ هُوَ عَبْدُكَ إِذَا كَانَ ابْنَ أَمَةِ أَبِيكَ، وَهَذَا غَيْرُ ظَاهِرٍ لِتَعْلِيلِ رَسُولِ اللهِ ﷺ حُكْمَهُ فِي ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**»[(٣)].

وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ[(٤)]: إِنَّمَا أَرَادَ بِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ**»؛ أَيْ: يَدُكَ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ مَا هِيَ[(٥)] يَدُ اللَّاقِطِ عَلَى اللُّقَطَةِ، وَهَذِهِ التَّأْوِيلَاتُ تَضْعُفُ لِتَعْلِيلِهِ [ب/٤٠٧ظ] ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ وَحُكْمُهُ بِأَنَّ: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**»[(٦)].

وَأَمَّا الْمَعْنَى الَّذِي تَعْتَمِدُهُ[(٧)] الشَّافِعِيَّةُ فِي هَذَا المعنى:

فَهُوَ أَنَّ إِقْرَارَ مَنْ يَحُوزُ الْمِيرَاثَ هُوَ إِقْرَارُ خِلَافَةٍ ـ أَيْ: إِقْرَارُ مَنْ حَازَ خِلَافَةَ الْمَيِّتِ، وَعِنْدَ الْغَيْرِ أَنَّهُ إِقْرَارُ شَهَادَةٍ لَا إِقْرَارَ خِلَافَةٍ، يُرِيدُ أَنَّ الْإِقْرَارَ الَّذِي كَانَ لِلْمَيِّتِ انْتَقَلَ إِلَى هَذَا الَّذِي حَازَ مِيرَاثَهُ.

وَاتَّفَقَ الْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ أَوْلَادَ الزِّنَا لَا يُلْحَقُونَ بِآبَائِهِمْ إِلَّا فِي الْجَاهِلِيَّةِ عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ عَلَى اخْتِلَافٍ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الصَّحَابَةِ.

وَشَذَّ قَوْمٌ فَقَالُوا: يَلْتَحِقُ وَلَدُ الزِّنَا فِي الْإِسْلَامِ[(٨)] ـ أَعْنِي: الَّذِي كَانَ عَنْ زِنًا فِي الْإِسْلَامِ.

---

(١) «الشرح الكبير» (٦/ ٤٦٧).
(٢) «الاستذكار» (٢٢/ ١٧٠).
(٣) تقدَّم تخريجُه.
(٤) «مشكل الآثار» (١١/ ١٧).
(٥) في (أ): «هو».
(٦) تقدَّم تخريجُه.
(٧) في (م): «يعتمده».
(٨) قال ابن قدامة في «المغني» (٩/ ١٢٣): «وقال الحسن، وابن سيرين: يلحق الواطئ =

٢٥٢٠ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الْوَلَدَ لَا يُلْحَقُ بِالْفِرَاشِ فِي أَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، إِمَّا مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ، وَإِمَّا مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ[١]، وَأَنَّهُ يُلْحَقُ مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ إِلَى أَقْصَرِ زَمَانِ الْحَمْلِ وإِنْ كَانَ قَدْ فَارَقَهَا وَاعْتَزَلَهَا[٢].

[أطول مدة الحمل]:

٢٥٢١ **وَاخْتَلَفُوا فِي أَطْوَلِ** زَمَانِ الْحَمْلِ الَّذِي يُلْحَقُ فيه بالْوَالِد الْوَلَدَ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٣]: خَمْسُ سِنِينَ.

وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ: سَبْعٌ.

وَقَالَ [أ/ ٤٦٠و] الشَّافِعِيُّ[٤]: أَرْبَعُ سِنِينَ.

وَقَالَ الْكُوفِيُّونَ: سَنَتَانِ[٥].

= إذا أقيم عليه الحد ويرثه.

وقال إبراهيم: يلحقه إذا جُلد الحد، أو ملك الموطوءة.

وقال إسحاق: يلحقه.

وذكر عن عروة، وسليمان بن يسار نحوه.

وروى علي بن عاصم، عن أبي حنيفة، أنه قال: لا أرى بأسًا إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه، أن يتزوجها مع حملها، ويستر عليها، والولد ولد له.

وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل، فادعاه آخر أنه لا يلحقه، وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش».

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية؛ قال في كما في «الإنصاف» (٩/ ٢٦٩): «إن استلحق ولده من زنا ولا فراش لحقه».

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٨٦).

(٢) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإشراف» (١/ ٢٥٥)، وابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص٩٥)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (٢٢/ ١٧٨)، والشربيني في «مغني المحتاج» (٣/ ٣٨٠).

(٣) «الاستذكار» (٢٢/ ١٧٨)، «الشرح الصغير» (١/ ٤٩٦).

(٤) «تحفة المحتاج» (٨/ ٢١٤)، «ونهاية المحتاج» (٧/ ١١٢).

(٥) «فتح القدير» (٣/ ٣١٠)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٥٦٧).

وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عبد الْحَكَمِ[(١)]: سَنَةٌ.

وَقَالَ دَاوُدُ[(٢)]: سِتَّةُ أَشْهُرٍ.

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ الرُّجُوعُ[(٣)] فِيهَا إِلَى الْعَادَةِ وَالتَّجْرِبَةِ.

وقول ابْنِ عَبْدِ الحَكَمِ وَالظَّاهِرِيَّةِ هُوَ أَقْرَبُ إِلَى الْمُعْتَادِ، وَالْحُكْمُ إِنَّمَا يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِالْمُعْتَادِ لَا بِالنَّادِرِ، وَلَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَحِيلًا.

وَذَهَبَ مَالِكٌ[(٤)] وَالشَّافِعِيُّ[(٥)] إِلَى أَنَّ مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا أَوْ دَخَلَ بِهَا بَعْدَ الْعَقْدِ[(٦)] وَأَتَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ لَا مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ: أَنَّهُ لَا يُلْحَقُ بِهِ إِلَّا إِذَا أَتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٧)]: هِيَ فِرَاشٌ لَهُ وَيَلْحَقُهُ الْوَلَدُ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِفِرَاشٍ إِلَّا بِإِمْكَانِ الْوَطْءِ وَهُوَ مَعَ الدُّخُولِ.

وَعُمْدَةُ [ب/٤٠٨و] أَبِي حَنِيفَةَ: عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ**»[(٨)].

وَكَأَنَّهُ يَرَى أَنَّ هَذَا تَعَبُّدٌ بِمَنْزِلَةِ تَغْلِيبِ الْوَطْءِ الْحَلَالِ عَلَى الْوَطْءِ الْحَرَامِ فِي إِلْحَاقِ الْوَلَدِ بِالْوَطْءِ الْحَلَالِ.

٢٥٢٢ **وَاخْتَلَفُوا** مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي إِثْبَاتِ النَّسَبِ بِالْقَافَةِ، وَذَلِكَ عِنْدَمَا يَطَأُ رَجُلَانِ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ بِمِلْكِ يَمِينٍ أَوْ نِكَاحٍ، وَيُتَصَوَّرُ أَيْضًا الْحُكْمُ بِالْقَافَةِ فِي اللَّقِيطِ الَّذِي يَدَّعِيهِ رَجُلَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٢/ ١٧٩).

(٢) «الاستذكار» (٢٢/ ١٧٩)، «المحلى» (١٠/ ٢٦٨).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «المرجوع».

(٤) «الاستذكار» (٢٢/ ١٧٩)، «الشرح الصغير» (١/ ٥٠٠)، «الدسوقي» (٢/ ٤٧٤).

(٥) «روضة الطالبين» (٦/ ٧٧)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٢١٤)، «ونهاية المحتاج» (٧/ ١١٢).

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الوقت».

(٧) «فتح القدير» (٣/ ٣١٠).

(٨) تقدَّم تخريجه.

وَالْقَافَةُ عِنْدَ الْعَرَبِ:

هُمْ قَوْمٌ كَانَتْ عِنْدَهُمْ مَعْرِفَةٌ بِفُصُولِ تَشَابُهِ أَشْخَاصِ النَّاسِ.

فَقَالَ بِالْقَافَةِ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ: مَالِكٌ[(١)] وَالشَّافِعِيُّ[(٢)]، وَأَحْمَدُ[(٣)]، وَأَبُو ثَوْرٍ[(٤)]، وَالْأَوْزَاعِيُّ[(٥)].

وَأَبَى الْحُكْمَ بِالْقَافَةِ الْكُوفِيُّونَ[(٦)]، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِرَاقِ.

وَالْحُكْمُ عِنْدَ هَؤُلَاءِ:

أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى رَجُلَانِ وَلَدًا كَانَ الْوَلَدُ بَيْنَهُمَا، وَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا فِرَاشٌ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ لَقِيطًا، أَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ الْوَاحِدَةُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِرَاشًا مِثْلَ الْأَمَةِ وَالْحُرَّةِ يَطَؤُهَا رَجُلَانِ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ عِنْدَ الْجُمْهُورِ [م/٢٥٩و] مِنَ الْقَائِلِينَ بِهَذَا الْقَوْلِ: أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ عِنْدَهُمْ لِلِابْنِ الْوَاحِدِ أَبَوَانِ فَقَطْ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ، صَاحِبُ أَبِي حَنِيفَةَ[(٧)]: يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ابْنًا لِثَلَاثَةٍ [أ/٤٦٠ظ] إِنِ ادَّعَوْهُ!

وَهَذَا كُلُّهُ تَخْلِيطٌ وَإِبْطَالٌ لِلْمَعْقُولِ وَالْمَنْقُولِ.

وَعُمْدَةُ اسْتِدْلَالِ مَنْ قَالَ بِالْقَافَةِ:

مَا رَوَاهُ مَالِكٌ[(٨)]، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ

---

(١) «الاستذكار» (٢٢/ ١٨٦)، «المدونة» (٢/ ٥٥١).

(٢) «البيان» (٨/ ٢٧)، «العزيز شرح الوجيز» (٦/ ٤١٥).

(٣) «الإقناع» (٣/ ٥٩).

(٤) «الاستذكار» (٢٢/ ١٨٦)، «الأوسط»، لابن المنذر (٧/ ١٣٧).

(٥) «الاستذكار» (٢٢/ ١٨٦)، «الأوسط»، لابن المنذر (٧/ ١٣٧).

(٦) «بدائع الصنائع» (٨/ ٣٢٤)، «فتح القدير» (٦/ ١١٣).

(٧) «بدائع الصنائع» (٨/ ٣٢٤).

(٨) في «الموطأ» (٤٦١ ـ رواية يحيى، ٢٨٨٩ ـ رواية أبي مصعب) ـ ومن طريقه: الشافعي في «المسند» (٣٣٠)، والبيهقي (١٠/ ٢٦٣) ـ عن يحيى بن سعيد، عن سليمان بن يسار به.

=

يلتقط[١] أَوْلَادَ الْجَاهِلِيَّةِ بِمَنِ[٢] ادَّعَاهُمْ فِي الْإِسْلَامِ، فَأَتَى رَجُلَانِ كِلَاهُمَا يَدَّعِي وَلَدَ امْرَأَةٍ، فَدَعَا قَائِفًا فَنَظَرَ إِلَيْهِ، فَقَالَ الْقَائِفُ: لَقَدِ اشْتَرَكَا فِيهِ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بِالدِّرَّةِ، ثُمَّ دَعَا الْمَرْأَةَ، فَقَالَ: أَخْبِرِينِي خبرك، فَقَالَتْ: كَانَ هَذَا ـ لِأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ ـ يأتيني فِي إِبِلٍ لِأَهْلِهَا فَلَا يُفَارِقُهَا حَتَّى يَظُنَّ وَنَظُنَّ أَنَّهُ قَدِ اسْتَمَرَّ بِهَا حَمْلٌ، ثُمَّ انْصَرَفَ عَنْهَا فَأُهْرِيقَتْ (عَلَيْهِ دَمًا)[٣]، ثُمَّ خَلَفَ هَذَا عَلَيْهَا ـ تَعْنِي: الْآخَرَ ـ فَلَا أَدْرِي أَيُّهُمَا هُوَ، فَكَبَّرَ الْقَائِفُ، فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلَامِ: وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ.

قَالُوا: فَقَضَاءُ عُمَرَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ بِالْقَافَةِ، مِنْ غَيْرِ إِنْكَارٍ من وَاحِدٍ مِنْهُمْ هُوَ كَالْإِجْمَاعِ.

وَهَذَا الْحُكْمُ عِنْدَ مَالِكٍ[٤] إِذَا قَضَى الْقَافَةُ بِالِاشْتِرَاكِ أَنْ يُؤَخَّرَ الصَّبِيُّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَيُقَالُ لَهُ: وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ، وَلَا يَلْحَقُ وَاحِدٌ بِاثْنَيْنِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[٥].

= وأخرج ابن أبي شيبة في «المصنف»، وعنه البيهقي (١٠/ ٢٦٣)؛ عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن يحيى بن عبد الرحمٰن بن حاطب، عن أبيه: «أن عمر بن الخطاب ﷺ قضى في رجلين ادَّعيا رجلًا لا يدري أيهما أبوه؛ فقال عمر ﷺ للرجل: «أتبع أيهما شئت».

قال البيهقي: «هذا إسناد صحيح موصول».

وقال (١٠/ ٢٦٤): «ورواية يحيى بن عبد الرحمٰن بن حاطب، عن أبيه، عن عمر ﷺ موصولة. ورواية سليمان بن يسار لها شاهدة، وكلاهما يثبت قول عمر ـ ﷺ: «والِ أيَّهما شئت».

قال أحمد ـ في رواية ابن منصور ـ كما في «تقرير القواعد» (٣/ ٢٣٣): «وحديث عمر في القافة أعجب إلي».

(١) مكانها بياض في (م).
(٢) كذا في (م)، وفي (أ): «لمن»، وفي (ب): «فمن».
(٣) في (أ): «عليها دماء».
(٤) «الاستذكار» (٢٢/ ١٨٦)، «المدونة» (٢/ ٥٥١).
(٥) «العزيز شرح الوجيز» (٦/ ٤١٥).

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ[1]: يَكُونُ [ب/٤٠٨ظ] ابْنًا لَهُمَا إِذَا زَعَمَ الْقَائِفُ أَنَّهُمَا اشْتَرَكَا فِيهِ.

وَعِنْدَ مَالِكٍ[2] أَنَّهُ لَيْسَ يَكُونُ ابْنًا لِاثْنَيْنِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ﴾ [الحجرات: ١٣].

وَاحْتَجَّ الْقَائِلُونَ بِالْقَافَةِ أَيْضًا، بِحَدِيثِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: «دَخَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ مَسْرُورًا تَبْرُقُ[3] أَسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقَالَ: **أَلَمْ تَسْمَعِي مَا قَالَ مِحْرِزٌ[4] الْمُدْلِجِيُّ لِزَيْدٍ وَأُسَامَةَ، وَرَأَى أَقْدَامَهُمَا، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ**»[5].

قَالُوا: وهو مَرْوِيٌّ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ[6]، وَعَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ[7]، وَلَا مُخَالِفَ لَهُمْ مِنَ الصَّحَابَةِ.

وَأَمَّا الْكُوفِيُّونَ[8] فَقَالُوا: الْأَصْلُ أَلَّا يُحْكَمَ لِأَحَدِ الْمُتَنَازِعَيْنِ فِي الْوَلَدِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَالِكَ فِرَاشٌ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ**»[9].

فَإِذَا عُدِمَ الْفِرَاشُ أَوِ اشْتَرَكَا فِي الْفِرَاشِ كَانَ ذَلِكَ بَيْنَهُمَا.

وَكَأَنَّهُمْ رَأَوْا ذَلِكَ بُنُوَّةً شَرْعِيَّةً لَا طَبِيعِيَّةً؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ [أ/٤٦١و] يَلْزَمُ مَنْ قَالَ: إِنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ ابْنَ وَاحِدٍ عَنْ أَبَوَيْنِ بِالْعَقْلِ، أَنْ لَا يَجُوزَ وُقُوعُ ذَلِكَ فِي الشَّرْعِ.

وَرُوِيَ مِثْلُ قَوْلِهِمْ عَنْ عُمَرَ، وَرَوَاهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ[10] عَنْ عَلِيٍّ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٢/ ١٨٨)، «الإشراف»، لابن المنذر (٧/ ١٣٩).
(٢) «الاستذكار» (٢٢/ ١٨٦).
(٣) في (م): «تبدو».
(٤) في (أ): «مزحج».
(٥) أخرجه البخاريُّ (٣٧٣١)، ومسلمٌ (١٤٥٩).
(٦) «الاستذكار» (٢٢/ ١٨٨)، «الأوسط»، لابن المنذر (٧/ ١٤٠).
(٧) «الاستذكار» (٢٢/ ١٨٨)، «الأوسط»، لابن المنذر (٧/ ١٤٠).
(٨) «بدائع الصنائع» (٨/ ٣٢٧).
(٩) تقدَّم تخريجُه.
(١٠) فِي «المصنَّف» (٧/ ٣٦١).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١): لَا يُقْبَلُ فِي الْقَافَةِ إِلَّا رَجُلَانِ.

وَعَنْ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ **رِوَايَتَانِ**(٢):

إِحْدَاهُمَا: مِثْلُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُ قَائِفٍ وَاحِدٍ.

وَالْقَافَةُ فِي الْمَشْهُورِ عَنْ مَالِكٍ(٣) ـ إِنَّمَا يَقْضِي بِهَا فِي مِلْكِ الْيَمِينِ فَقَطْ لَا فِي النِّكَاحِ، وَرَوَى ابْنُ وَهْبٍ(٤) عَنْهُ مِثْلَ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ.

وَقَالَ أَبُو عُمَرَ بْنُ عَبْدِ الْبَرِّ(٥): فِي هَذَا الْبَابِ حَدِيثٌ حَسَنٌ(٦) مُسْنَدٌ، أَخَذَ بِهِ جَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْحَدِيثِ وَأَهْلِ الظَّاهِرِ، رَوَاهُ الثَّوْرِيُّ، عَنْ صَالِحِ بْنِ حَيٍّ، عن الشَّعْبِيِّ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ قَالَ: «كَانَ عَلِيٌّ بِالْيَمَنِ فَأَتَى بِامْرَأَةٍ وَطِئَهَا ثَلَاثَةُ أُنَاسٍ فِي طُهْرٍ وَاحِدٍ، فَسَأَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يُقِرَّ لِصَاحِبِهِ بِالْوَلَدِ فَأَبَى، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ وَقَضَى بِالْوَلَدِ لِلَّذِي أَصَابَتْهُ الْقُرْعَةُ وَجَعَلَ عَلَيْهِ ثُلُثَيِ الدِّيَةِ، فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَأَعْجَبَهُ، وَضَحِكَ حَتَّى بَدَتْ نَوَاجِذُهُ»(٧).

---

(١) «الحاوي الكبير» (٧/ ١٠٦).
(٢) «الاستذكار» (٢٢/ ١٨٨).
(٣) «الاستذكار» (٢٢/ ١٨٨).
(٤) «الاستذكار» (٢٢/ ١٨٨).
(٥) «الاستذكار»: (٧/ ١٧٥).
(٦) ليست في (م).
(٧) أخرجه أبو داود (٢٢٦٩)، والحاكم (٢/ ٢٠٧) ـ ومن طريقه البيهقي (١٠/ ٢٦٧) ـ من طريقِ مسدد بن مسرهد، والنسائيُّ (٦/ ١٨٢)، من طريقِ يحيى بن سعيد القطان.
وأخرجه النسائي (٦/ ١٨٢) أيضًا، وفي «الكبرى» (٥٦٨٣)، وابن أبي شيبة (٧/ ٣٥٢) ـ ومن طريقه الطبراني في «الكبير» (٥/ ١٧٣رقم٤٩٩٠)، من طريقِ علي بن مسهر.
والحميدي (٢/ ٣٤٥رقم٧٨٥) ـ ومن طريقه الطبراني في «الكبير» (٥/ ١٧٣رقم٤٩٩٠)، والحاكم (٣/ ١٣٦) ـ، وأحمد (٤/ ٣٧٤)، وأبو بكر القطيعي في «زوائده على فضائل الصحابة» (٢/ ٦٤٥، رقم: ١٠٩٥)؛ من طريقِ سفيان بن عيينة، والعقيلي في «الضعفاء» (١/ ١٤٠)، والحاكم (٣/ ١٣٥)، (٤/ ٩٦) من طريق عيسى بن يونس ومالك بن إسماعيل، والعقيلي في «الضعفاء» (١/ ١٢٣) من طريقِ جعفر بن عون.
=

= والطبراني في الكبير» (٥/ ١٧٣)، والحاكم (٣/ ١٣٥ ـ ١٣٦)، (٤/ ٩٦) من طريقِ قيس بن الربيع.
والطبرانِيُّ أيضًا: حدَّثنا أبو حصين القاضي، ثنا يحيى الحماني، ثنا أبو بكر بن عياش، كلهم عن الأجلح عن الشعبي عن عبد الله بن الخليل عن زيد بن أرقم قال: كنت جالسًا عند النبي ﷺ فجاء رجل من اليمن، فقال: إن ثلاثة نفر من أهل اليمن أتوا عليًّا يختصمون إليه في ولد، وقد وقعوا على امرأة في طهر واحد، فقال لاثنين منهما: طيبا بالولد لهذا، فغليا، ثم قال لاثنين: طيبا بالولد لهذا فغليا، ثم قال لاثنين: طيبا بالولد لهذا فغليا، فقال: أنتم شركاء متشاكسون؛ إني مقرع بينكم فمن قرع فله الولد، وعليه لصاحبيه ثلثا الدية، فأقرع بينهم فجعله لمن قرع، فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت أضراسه أو نواجذه.
وأخرجه الطحاوي في «معاني الآثار» (٤/ ٣٨٢)، «المشكل» (٤٧٦٠) من طريق جعفر بن عون، أو يعلى بن عبيد ـ والشك من الطحاوي ـ، عن الأجلح، به.
ورواه الثوري، عن الأجلح.
واختُلِف على الثوري؛ فرواه العقيلي في «الضعفاء» (١/ ١٤٠) من طريق عبد الملك بن الصبَّاح.
والطبراني في «الكبير» (٥/ ١٧٢) من طريق أحمد بن الفرات.
كلاهما: عن الثوري، عن الأَجْلَح، عَنِ الشَّعْبِيِّ، عَنْ عَبْدِ خَير، عن زيد بن أرقم، به.
ورواه عبد الرزاق عن الثوري، واختُلِف على عبد الرزاق: فرواه أحمد (٤/ ٣٧٣) عن عبد الرزاق، عن الثوري بالإسناد السابق.
وأخرجه أبو داود (٢٢٧٠)، والنسائي (٣٤٨٨)، «الكبرى» (٥٦٨٢) من طريق خُشَيْش بن أَصْرَم، وابن ماجه (٢٣٤٨) من طريق إسحاق بن منصور، والطبراني في «الكبير» (٥/ ١٧٢) من طريق إسحاق الدَّبَري، والبيهقي (١٠/ ٢٦٦ ـ ٢٦٧) من طريق أحمد بن الأزهر، جميعهم عن عبد الرزاق، عن الثوري، عن صالح الهَمْداني، عن الشعبي، عن عَبْدِ خَير، عن زيد بن أرقم، به.
قال البخاري في «التاريخ الكبير» (٥/ ٧٩) في ترجمة عبد الله بن خليل: «ولا يُتابَع عليه».
وقال العقيلي في «الضعفاء» (١/ ١٤٠): «ولا يُتابعُ الأجلحَ على هذا ـ مع اضطرابه فيه ـ إلا من هو دونَه: محمد بن سالم». =

= وقال في (٢/ ٦٣٩): «الحديثُ مضطربُ الإسناد، متقاربٌ في الضعف».
قال الحاكم: «قد اتفق الشيخان على ترك الاحتجاج بالأجلح بن عبد الله الكندي، وإنما نقما عليه حديثًا واحدًا لعبد الله بن بريدة، وقد تابعه على ذلك الحديث ثلاثة من الثقات؛ فهذا الحديث إذًا صحيح ولم يخرجاه».
والأجلح تابعه:
١ ـ جابرٌ الجعفي:
وذكر روايته: ابن أبي حاتم في «العلل» (٦/ ٦٠، رقم: ٢٣١٧)، والدارقطني في «العلل» (٣/ ١١٧).
وأخرجه الحميدي (٨٠٤) ـ ومن طريقه العقيلي (٢/ ٦٣٩) ـ والطبراني في «الكبير» (٥/ ١٧٤، رقم: ٤٩٩٢) من طريق ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سالم، عَنِ الشَّعْبِيِّ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ ذريح، عن زيد بن أرقم، به.
وأخرجه العقيلي في «الضعفاء» (١/ ١٤٠/) من طريق جرير بن عبد الحميد، عن محمد بن سالم، عَنِ الشَّعْبِيِّ، عَنْ عَلِيِّ بْنِ ذَرِيْ، عن زيد بن أرقم، به.
قال العقيلي: «هكذا قال: عن علي بن ذَرِي».
ونقل العقيلي عن ابن عيينة قوله: «خالف ـ [أي: محمد بن سالم] ـ أجلحَ، وأجلحُ أحفظهما».
٢ ـ ومحمدُ بن سالم:
وذكر روايته: ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٢٧٣رقم٢٣١٧).
وقال البيهقي (١٠/ ٢٦٧): «ومحمد بن سالم متروك».
ـ وأبو إسحاق الشيباني:
وذكر روايته: الدارقطني في «العلل» (٣/ ١١٨).
ـ وَرَوَاهُ سَلَمة بْنُ كُهَيل، عَنِ الشَّعبي، عَنْ أَبِي الخَليل ـ أَوِ ابْنِ الخَليل ـ أَنَّ عَلِيًّا قُضِيَ. . .، وَلَمْ يَذكُر زيدَ بْنَ أرقَم.
أخرج روايته: الشافعي في «الأم» (٧/ ١٧٨)، وأبو داود (٢٢٧١)، والنسائي (٦/ ١٨٤)، وفي «الكبرى» (٥٦٨٦)، والبيهقي (١٠/ ٢٦٧) من طرقٍ، عن شعبة بن الحجاج، عن سلمة بن كهيل، قال: سمعت الشعبي، يحدث عن الخليل أو ابن الخليل، عن علي رضي الله عنه: أن ثلاثة اشتركوا في طهر امرأة فادَّعوا الولد فأمر علي رضي الله عنه رجلًا أن يقرع بينهم وأمر الذي قرع أن يعطي الآخرين ثلثي الدية ويكون الولد له.
ولم يسق أبو داود والنسائي المتن كاملًا، وفي رواية النسائي، والبيهقي: عن =

قالوا: وَفِي هَذَا الْقَوْلِ نفي الْحُكْمِ بِالْقَافَةِ، وَإِلْحَاقُ الْوَلَدِ بِالْقُرْعَةِ.

[ميراث القاتل]:

٢٥٢٣ **وَاخْتَلَفُوا** فِي مِيرَاثِ الْقَاتِلِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْوَالٍ[١]:

فَقَالَ قَوْمٌ: لَا يَرِثُ الْقَاتِلُ أَصْلًا مَنْ قَتَلَهُ.

وَقَالَ آخَرُونَ ـ وَهُمُ الْأَقَلُّ: يَرِثُ الْقَاتِلُ.

وَفَرَّقَ قَوْمٌ بَيْنَ الْخَطَإِ وَالْعَمْدِ[٢]، فَقَالُوا: لَا يَرِثُ فِي الْعَمْدِ شَيْئًا، وَيَرِثُ فِي الْخَطَإِ إِلَّا مِنَ الدِّيَةِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ[٣] وَأَصْحَابِهِ.

= أبي الخليل، أو ابن الخليل.

قال أبو داود: «لم يذكر اليمن، ولا النبي ﷺ، ولا قوله: طيبا بالولد».

قال النسائي: «هذا صوابٌ، والله ﷻ أعلم».

وقال في «الكبرى»: «هذه الأحاديث كلُّها مضطربةُ الأسانيد».

وقال: «وسلمةُ بن كُهَيل أثبتُهم، وحديثه أولى بالصَّواب، والله أعلم».

وقَالَ أَبو حاتمٍ: «قَدِ اخْتَلَفُوا فِي هَذَا الْحَدِيثِ، فاضطَربوا، والصَّحيحُ: حديثُ سَلَمة بْنِ كُهَيل».

وقال البيهقيُّ: «هذا موقوفٌ، وابن الخليل ينفردُ به»، ثم ذكر أن حديث سلمة بن كهيل هذا أصحُّ ما روي في الباب.

وقال المزي في «تهذيب الكمال» (١٤/ ٤٥٧): «ويقال: ابن أبي الخليل، ويقال: ابن الخليل بن أبي الخليل، الحضرمي أبو الخليل الكوفي».

(١) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٠٨).

(٢) قال ابن هُبَيرة في «الإفصاح» (٣/ ٢٣٧): «واتفقوا على أن القاتل عمدًا ظلمًا لا يرث من المقتول».

(٣) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٠٨)، «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ١٠٤٤).

وذهب **الحنفية** إلى أن القتل المانع من الميراث هو القتل بغير حق وهو المضمون بقصاص أو كفارة، وهو القتل مباشرة من مكلف، وإذا كان القاتل غير مكلف فلا يمنع من الميراث، وكذلك القتل بحق كالدفاع عن النفس أو القصاص لا يمنع الميراث، لأن الحرمان إنما شرع عقوبة على القتل المحظور والقتل بحق غير محظور.

«المبسوط» (٣٠/ ٤٨)، «ردّ المحتار» (٦/ ٧٦٦). =

وَفَرَّقَ قَوْمٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ فِي الْعَمْدِ قَتْلٌ بِأَمْرٍ وَاجِبٍ (أَوْ بِغَيْرِ وَاجِبٍ)[(١)]، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ مَنْ لَهُ إِقَامَةُ الْحُدُودِ.

وَبِالْجُمْلَةِ - بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يُتَّهَمُ [م/ ٢٦٠و] أَوْ مِمَّنْ لَا يُتَّهَمُ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ: مُعَارَضَةُ أَصْلِ الشَّرْعِ فِي هَذَا الْمَعْنَى لِلنَّظَرِ الْمَصْلَحِيِّ.

وَذَلِكَ: أَنَّ النَّظَرَ الْمَصْلَحِيَّ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَرِثَ لِئَلَّا يَتَذَرَّعَ[(٢)] النَّاسُ مِنَ الْمَوَارِيثِ إِلَى الْقَتْلِ وَاتِّبَاعِ الظَّاهِرِ، [ب/ ٤٠٩و] وَالتَّعَبُّدُ يُوجِبُ أَنْ لَا يُلْتَفَتَ إِلَى ذَلِكَ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ ذَلِكَ مِمَّا قَصَدَ لَالْتَفَتَ إِلَيْهِ الشَّارِعُ؛ ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴿٦٤﴾﴾ [مريم: ٦٤] كَمَا تَقُولُ الظَّاهِرِيَّةُ.

[فيمن أسلم بعد موت مُوَرِّثه وقبل القَسْم]:

٢٥٢٤ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْوَارِثِ الَّذِي لَيْسَ بِمُسْلِمٍ يُسْلِمُ بَعْدَ مَوْتِ مُوَرِّثِهِ

= وذهب **المالكية** إلى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد، وأما قتل الخطأ فيرث من المال دون الدية وحجتهم أن منع القاتل من الميراث عقوبة، والمخطئ لا عقوبة عليه كما لا قود عليه.
«الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ١٠٤٤).
وذهب **الشافعية** إلى أن القتل مطلقًا يمنع من الميراث سواء كان بحق أو بغير حق، حتى من له مدخل في القتل من شهادة أو حكم أو نحوها لعموم قوله ﷺ، ولأنَّ توريث القاتل يفضي إلى تكثير القتل، لأن الوارث ربما استعجل موت مورثه، ليأخذ ماله.
«روضة الطالبين» (٦/ ٣١)، «المهذب» (٢/ ٣١).
أما **الحنابلة**: فمذهبهم هو أن القتل المانع من الميراث هو القتل بغير، أما القاتل بحق فيرث، والقتل بغير حق هو المضمون بقصاص أو دية أو كفارة سواء كان القاتل مكلفًا أو غير مكلف كالصبي والمجنون، وسواء كان القتل بمباشرة أو بالتسبب، أما القتل بحق فقد خرج لأنه مأذون فيه.
«كشاف القناع» (١٠/ ٥١٤).

(١) من (م).

(٢) كذا في (أ)، وفي (ب): «يتداعى»، وفي (م): «يتسرع».

الْمُسْلِمِ وَقَبْلَ قَسْمِ [أ/ ٤٦١ظ] الْمِيرَاثِ، وكَذَلِكَ إِنْ كَانَ مُورِّثُهُ[(١)] عَلَى غَيْرِ دِينِ الْإِسْلَامِ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ[(٢)]: إِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ وَقْتُ الْمَوْتِ؛ فَإِنْ كَانَ الْيَوْمُ الَّذِي مَاتَ فِيهِ الْمُسْلِمُ وَارِثُهُ لَيْسَ بِمُسْلِمٍ لَمْ يَرِثْهُ أَصْلًا سَوَاءٌ أَسْلَمَ قَبْلَ قَسْمِ الْمِيرَاثِ أَوْ بَعْدَهُ.

وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ مُوَرِّثُهُ[(٣)] عَلَى غَيْرِ دِينِ الْإِسْلَامِ، وَكَانَ الْوَارِثُ يَوْمَ مَاتَ غَيْرَ مُسْلِمٍ وَرِثَهُ ضَرُورَةً سَوَاءٌ كَانَ إِسْلَامُهُ قَبْلَ الْقَسْمِ أَوْ بَعْدَهُ.

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ، مِنْهُمُ الْحَسَنُ وَقَتَادَةُ، وَجَمَاعَةٌ: الْمُعْتَبَرُ فِي ذَلِكَ يَوْمُ الْقَسْمِ.

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ[(٤)].

وَعُمْدَةُ كِلَا الْفَرِيقَيْنِ:

قَوْلُهُ ﷺ: **«أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِّمَتَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامُ وَلَمْ تُقْسَمْ، فَهِيَ عَلَى قَسمِ الْإِسْلَامِ»**[(٥)].

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «موروثه».

(٢) «حاشية رد المحتار» (٦/ ٧٦٧)، «المدونة الكبرى» (٢/ ٥٩٩)، «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٢٣١).
قال ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٧٤): «واتفقوا أن من كان كافرًا ولم يسلم إلا بعد قسمة الميراث، فإنه لا يرث قريبه المسلم».
وقال المطيعي: «فإن أسلم الكفار أو أعتق العبد بعد قسمة الميراث لم يشاركوا في الإرث بلا خلاف». «المجموع» (١٦/ ٦٠).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «موروثه».

(٤) قال ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٨٨): «واتفقوا أن ما اقتسمه الحربيون قبل أن يسلموا فإنه لا يرد».
انظر: «حاشية رد المحتار» (٦/ ٧٦٧)، «الحاوي» (٨/ ٨١)، «كشاف القناع» (٤/ ٤٠١ _ ٤٠٢).

(٥) تقدم تخريجه.

فَمَنِ اعْتَبَرَ وَقْتَ الْقِسْمَةِ حَكَمَ لِلْمَقْسُومِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ، وَمَنِ اعْتَبَرَ موجب الْقِسْمَةِ حَكَمَ فِي وَقْتِ الْمَوْتِ لِلْمَقْسُومِ بِحُكْمِ (مَا تَقَدَّمَ قَبْلَ)[1] الْإِسْلَامِ.

وَرُوِيَ مِنْ حَدِيثِ عَطَاءٍ: «أَنَّ رَجُلًا أَسْلَمَ (عَلَى مِيرَاثٍ)[2] عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ، فَأَعْطَاهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ نَصِيبَهُ»[3].

وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ عِنْدَهُمْ فِيمَنْ أُعْتِقَ مِنَ الْوَرَثَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقِسْمَةِ.

فَهَذِهِ هِيَ الْمَسَائِلُ الْمَشْهُورَةُ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْكِتَابِ.

[أسباب الميراث]:

وَلَمَّا كَانَ الْمِيرَاثُ إِنَّمَا يَكُونُ بِأَحَدِ ثَلَاثَةِ أَسْبَابٍ:

إِمَّا بِنَسَبٍ، أَوْ صِهْرٍ، أَوْ وَلَاءٍ.

وَكَانَ قَدْ قِيلَ فِي الَّذِي يَكُونُ بِالنَّسَبِ وَالصِّهْرِ، فَيَجِبُ أَنْ نَذْكُرَ هَاهُنَا الْوَلَاءَ، وَلِمَنْ يَجِبُ، (وَمِمَّنْ يَجِبُ فِيهِ مِمَّنْ لَا يَجِبُ لَهُ)[4]، وَمَا أَحْكَامُهُ؟

---

(١) ليست في (م). (٢) ليست في (م).

(٣) قال ابن عبد البر في «التمهيد» (٢/ ٥٨): «وروى عبد الوارث، عن كثير بن شنظير، عن عطاء أن رجلًا أسلم على ميراث، على عهد النبي ﷺ قبل أن يقسم، فأعطاه رسول الله ﷺ نصيبه منه».
ولم يسنده.
قال ابن عبد الحق في «الوسطى» (٣/ ٣٣٨): «هَذَا مُرْسلٌ».
قال ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٢/ ٤٩٧): «كَذَا ذكره!، وَهُوَ أَيْضًا ذكر يُوهم اتِّصَال إِسْنَاده عِنْده إِلَى مرسله عَطاء، وَلَيْسَ كَذَلِك، وَمَا هُوَ فِي التَّمْهِيد إِلَّا هَكَذَا: وروى عبد الْوَارِث عَن كثير ابْن شنظير عَن عَطاء... فذكره.
فِيمَا بَين أبي عمر إِلَى عبد الْوَارِث لَا إِسْنَاد لَهُ».
وأخرج سعيد بن منصور في «سننه» (١٨٥) بسند صحيح، عن يزيد بن قتادة: «أنه شهد عثمان بن عفان ورث رجلًا أسلم على ميراث قبل أن يقسم».

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ومن يحجب فيه ممن لا يحجب».

بَابٌ فِي الْوَلَاءِ

فَأَمَّا (مَنْ يَجِبُ لَهُ)(١) الْوَلَاءُ:

فَفِيهِ مَسَائِلُ مَشْهُورَةٌ تَجْرِي مَجْرَى الْأُصُولِ لِهَذَا الْبَابِ.

(وَهِيَ تَنْحَصِرُ بَيْنَ فَصْلَيْنِ:

[١] فِي مَعْرِفَةِ مَنْ لَهُ الْوَلَاءُ.

[٢] وَفِي تَرْتِيبِ أَهْلِ الْوَلَاءِ.

وَفِي هَذَا الْفَصْلِ: خَمْسُ مَسَائِلَ)(٢).

الْمَسْأَلَةُ الأُولَى:

٢٥٢٥ **أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ** عَلَى أَنَّ مَنْ أَعْتَقَ(٣) (عَبْدًا لَهُ)(٤) عَنْ نَفْسِهِ، فَإِنَّ وَلَاءَهُ لَهُ، (وَأَنَّهُ يَرِثُهُ)(٥) إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ، [ب/٤٠٩ظ] وَأَنَّهُ عَصَبَةٌ لَهُ إِذَا كَانَ هُنَالِكَ وَرَثَةٌ لَا يُحِيطُونَ بِالْمَالِ(٦).

فَأَمَّا كَوْنُ الْوَلَاءِ لِلْمُعْتِقِ عَنْ نَفْسِهِ:

فَلِمَا ثَبَتَ مِنْ قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ: «**إِنَّمَا** [أ/ ٤٦٢و] **الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»(٧).

٢٥٢٦ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَنْ غَيْرِهِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٨): الْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ عَنْهُ لَا الَّذِي بَاشَرَ الْعِتْقَ.

---

(١) في (م): «لمن يجب».

(٢) من (م).

(٣) في (ب): «عتق».

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «عبده».

(٥) من (م).

(٦) حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٩)، والبغوي فِي «شرح السُّنَّة» (٤/ ٤٦٦)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ١٠٥)، وابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ٢١٩).

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) «الاستذكار» (٢٣/ ١٩١)، «التَّفريع» (٢/ ٢٧)، «المعونة» (٣/ ١٤٥٥)، «المُقَدِّمات المُمَهِّدات» (٣/ ١٣٢).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(١)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٢)]: إِنْ أَعْتَقَهُ عَنْ عِلْمِ الْمُعْتَقِ عَنْهُ، فَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ عَنْهُ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ من غَيْرِ عِلْمِهِ، فَالْوَلَاءُ لِلْمُبَاشِرِ لِلْعِتْقِ.

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ: ظَاهِرُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: **«الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»**[(٣)].

وَقَوْلُهُ ﷺ: **«الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»**[(٤)].

---

(١) «المبسوط» (٣٠/ ٣٨)، «الاختيار لتعليل المختار» (٤/ ٥٠)، «اللُّبَاب شرح الكتاب» (٣/ ٢٣ ـ ٢٤)..

(٢) «البيان» (٨/ ٥٣٦)، «المهذَّب» (٢/ ٦٤٥).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه الترمذي في «العلل الكبير» (ص١٨١، رقم: ٣١٨)، وابنُ ماجه (٢٧٤٨)، والبزار (ج٢/ ق١٣/ ١)، والبيهقي (٢١/ ٣٧٠ ط هجر) من طريق يحيى بن سُلَيم، عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر.
قال البزار: «وهذا الحديثُ لا نعلمُ رواه عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر، إلَّا يحيى بن سُليم، ويحيى بن سعيد الأموي. وإنما يُعرف عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر. ويحيى بن سعيد جمعَ بين الإسنادين: عن نافعٍ وعبد الله بن دينار».
وقال البيهقي: «هذا وهمٌ مِن يَحيَى بنِ سُلَيمٍ أو مَن دونَه، في الإسنادِ والمَتنِ جَميعًا، فإنَّ الحُفّاظَ إنَّما رَوَوْه عن عُبَيدِ اللهِ بنِ عُمَرَ عن عبدِ اللهِ بنِ دينارٍ عن ابنِ عُمَرَ عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه نَهَى عن بَيعِ الوَلاءِ وعن هِبَتِهِ».
وأخرجه الخطيبُ في «تاريخه» (٤/ ٢٩٢) من طريق النسائيِّ، قال: حدَّثنا حسين بن منصورٍ، أخبرنا عبد الرحمٰن بن مغراء عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر.
وقد وَهَّمَ الترمذيُّ يحيى بن سُليم الطائفي في روايته هذه.
وأخرجه ابنُ عبد البر في «التمهيد» (١٦/ ٣٣٤) من طريق أبي مروان عبد الملك بن عبد العزيز الماجشون، عن مالكٍ عن نافع، عن ابن عمر به.
قال ابن عبد البر: «وروى هذا الحديث ابن الماجشون، عن مالك، عن نافعٍ، عن ابن عمر، وذلك خطأ لم يتابع ابن الماجشون عليه، والصوابُ فيه: مالكٌ، عن عبد الله بن دينار لا عن نافع، والله أعلمُ» انتهى.
وأخرجه الطبرانيُّ في «الأوسط» (٥٠) من طريق يحيى بن سليم الطائفيّ، عن إسماعيل بن أمية نافع، عن ابن عمر.
قال الطبرانيُّ: «لم يرو هذا الحديث عن إسماعيل، إلَّا يحيى». =

قَالُوا: فَلَمَّا لَمْ يَجُزْ أَنْ يَلْتَحِقَ نَسَبٌ بِالْحُرِّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ.

وَمِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى:

فَلِأَنَّ عِتْقَهُ حُرِّيَّةٌ وَقَعَتْ فِي مِلْكِ الْمُعْتِقِ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُ، أَصْلُهُ إِذَ أَعْتَقَهُ مِنْ نَفْسِهِ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ:

أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَهُ عَنْهُ فَقَدْ مَلَّكَهُ إِيَّاهُ، فَأَشْبَهَ الْوَكِيلَ؛ وَلِذَلِكَ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَذِنَ لَهُ الْمُعْتَقُ عَنْهُ كَانَ وَلَاؤُهُ (لِلْمُبَاشِرِ)[1].

= وأخرجه ابنُ حبان في «الثقات» (٨/ ٤) قال: حدثني أحمد بنُ يحيى بن زهيرٍ بـ «تُستَر». والطبرانيُّ في «الكبير» (١٢، رقم: ١٣٦٢٦) قال: حدَّثنا عبدان بنُ أحمد، قالا: ثنا معمر بنُ سهل، ثنا أحمد بن أوفى ـ قاضي نهر تيرى، ثنا شعبة، عن عبد الله بن دينار، وعمرو بن دينار، عن ابن عمر.

وأخرجه الطبرانيُّ في «الكبير» (١٣٦٢٥) عن أبي الربيع السَّمَّان، وفي «الأوسط» (٥٠) عن سفيان الثوريّ كلاهما، عن عمرو بن دينار، عن ابن عمر به.

وأخرجه ابنُ عديّ في «الكامل» (٦/ ٢٠٣٧) من وجهٍ آخر، عن عمرو بن دينار.

قال ابن حبان: «عمرو بن دينار، غريبٌ في هذا الحديث».

وأخرجه الشافعيُّ في «المسند» (٢/ ٧٢ ـ ٧٣)، ومن طريقه: الحاكم (٤/ ٣٤١) قال: أخبرنا محمد بن الحسن، عن يعقوب بن إبراهيم أبي يوسف، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر مرفوعًا.

قال الحاكمُ: «صحيحُ الإسناد».

وأخرجه البيهقيُّ (٢١/ ٣٧٢) من طريق ضمرة، عن سفيان عن عبد الله بن دينار، ونقل عن الطبرانيّ أَنَّهُ قال: «لم يرو هذا الحديث عن سفيان إلَّا ضمرة».

وأخرج ابنُ عدي في «الكامل» (٥/ ١٩٨٨) قال: حدَّثنا جعفر بن أحمد، ثنا أبو الأشعث، ثنا عبيد بن القاسم، ثنا إسماعيل بن أبي خالد، عن ابن أبي أوفى مرفوعًا: **«الولاء لُحمةٌ كلُحمة النسب، لا يُباعُ ولا يوهبُ»**.

وأخرجه الطبرانيُّ في «الكبير» من طريق عبيد بن القاسم كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٣١).

قال ابن عدي: «وهذا الحديث لا يرويه عن ابن أبي خالد، غير عبيد».

وعبيد بن القاسم وهو متروك، وتابعه يحيى بن هاشم السمسار وهو كذابٌ.

(١) في (م): «ولا ولاء للمباشر»، وفي المطبوع: «له لا للمباشر».

وَعِنْدَ مَالِكٍ[(١)] أَنَّهُ مَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ لِوَجْهِ اللهِ وَلِلْمُسْلِمِينَ أَنَّ الْوَلَاءَ يَكُونُ[(٢)] لِلْمُسْلِمِينَ، وَعِنْدَهُمْ يَكُونُ لِلْمُعْتِقِ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ:

٢٥٢٧ **اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ** فِيمَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ رَجُلٍ هَلْ يَكُونُ وَلَاؤُهُ لَهُ؟

فَقَالَ مَالِكٌ[(٣)] وَالشَّافِعِيُّ[(٤)] وَالثَّوْرِيُّ[(٥)] وَدَاوُدُ[(٦)] وَجَمَاعَةٌ: لَا وَلَاءَ [م/ ٢٦٠ظ] لَهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٧)] وَأَصْحَابُهُ: لَهُ وَلَاؤُهُ إِذَا وَالَاهُ.

وَذَلِكَ: أَنَّ مَذْهَبَهُمْ أَنَّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُوَالِيَ رَجُلًا آخَرَ فَيَرِثَهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ، وَأَنَّ لَهُ أَنْ يَنْصَرِفَ مِنْ وَلَائِهِ إِلَى وَلَاءِ غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ.

وَقَالَ غَيْرُهُ: بِنَفْسِ الْإِسْلَامِ عَلَى يَدَيْهِ يَكُونُ لَهُ وَلَاؤُهُ.

فَعُمْدَةُ الطَّائِفَةِ الْأُولَى:

قَوْلُهُ ﷺ: **«إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»**[(٨)].

وَ«إِنَّمَا» هَذِهِ هِيَ الَّتِي يُسَمُّونَهَا الْحَاصِرَةَ، وَكَذَلِكَ الْأَلِفُ وَاللَّامُ هِيَ عِنْدَهُمْ لِلْحَصْرِ، وَمَعْنَى الْحَصْرِ: هُوَ أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ خَاصًّا بِالْمَحْكُومِ عَلَيْهِ لَا يُشَارِكُهُ فِيهِ غَيْرُهُ[(٩)] - أَعْنِي: أَنْ لَا يَكُونَ وَلَاءٌ بِحَسَبِ مَفْهُومِ هَذَا الْقَوْلِ إِلَّا لِلْمُعْتِقِ فَقَطِ الْمُبَاشِرِ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ١٩٣)، «المُقدِّمات المُمَهِّدات» (٣/ ١٣١).
(٢) في (ب): «لا يكون».
(٣) «الاستذكار» (١٥/)، «القوانين الفقهية» (٣٠٤).
(٤) «المُهذَّب» (٢/ ٦٤٧)، «رَوضَة الطَّالِبين» (٦/ ٢٢).
(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ١٩٣). (٦) «الاستذكار» (٢٣/ ١٩٣).
(٧) «المبسوط» (٧/ ١٠٣)، «بدائع الصنائع» (٤/ ١٣٣).
(٨) تقدم تخريجه.
(٩) وهو داخل في صور دليل الخطاب عند مَنْ يعتبره. ينظر: «شرح مختصر الروضة» (٢/ ٧٣٩).

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ فِي إِثْبَاتِ الْوَلَاءِ بِالْمُوَالَاةِ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَٰلِيَ مِمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٣٣]، وقَوْلُهُ تعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣]. [أ/ ٤٦٢ظ] [ب/ ٤١٠و]

وَحُجَّةُ مَنْ قَالَ: الْوَلَاءُ يَكُونُ(١) بِنَفْسِ الْإِسْلَامِ فَقَطْ:

حَدِيثُ تَمِيم الدَّارِيِّ قَالَ: «سَأَلْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ عَنِ الْمُشْرِكِ يُسْلِمُ عَلَى يَدِ مُسْلِمٍ؟ فَقَالَ: **هُوَ أَحَقُّ النَّاسِ وَأَوْلَاهُمْ بِحَيَاتِهِ وَمَمَاتِهِ**»(٢).

---

(١) في (ب): «لا يكون».

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ١٠٢) حَدَّثَنَا إِسْحَاقُ بْنُ يُوسُفَ الْأَزْرَقُ، وفي «العلل» (٢٩٠١) عن ميمون أبي النضر، وسعيد بن منصور (٢٠٣)، والدارقطني (٤/ ١٨١) من طريق إسماعيل بن عياش، وعبد الرزاق (٩٨٧٢) و(١٦٢٧١) من طريق عبد الله بن المبارك، والترمذي (٢١١٢) من طريق أبي أسامة وابن نمير ووكيع، والنسائي في «الكبرى» (٦٤١٣) من طريق عبد الله بن داود، وأبو يعلى (٧١٦٥)، والدارقطني (٤/ ١٨١ ـ ١٨٢) من طريق علي بن مسهر، والطبراني في «الكبير» (١٢٧٢) من طريق حفص بن غياث، والدارقطني (٤/ ١٨١ ـ ١٨٢) من طريق علي ابن عابس وعبد الرحمٰن بن سليمان ومحمد بن ربيعة، والخطيب في «تاريخه» (٧/ ٥٣) من طريق بشر بن عبد الله بن عبد العزيز، كلهُم عن عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، قَالَ: سَمِعْتُ عَبْدَ اللهِ بْنَ مَوْهَبٍ، يُحَدِّثُ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ، عَنْ تَمِيمِ الدَّارِيِّ، قَالَ: سُئِلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنِ الرَّجُلِ يُسْلِمُ عَلَى يَدَيِ الرَّجُلِ، فَقَالَ: «**هُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِمَحْيَاهُ وَمَمَاتِهِ** ».

وخالفهم يحيى بن حمزة الحضرمي، فرواه عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز، عن عبد الله بن موهب، عن قبيصة بن ذؤيب، عن تميم الداري.

أخرج روايته البخاري في «التاريخ الكبير» (٥/ ١٩٨ ـ ١٩٩)، وأبو داود (٢٩١٨)، ويعقوب بن سفيان في «المعرفة والتاريخ» (٢/ ٤٣٩)، وأبو زرعة الدمشقي في «تاريخه» (١/ ٥٧٠)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٢٥٤٦)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٢٨٥٣) و(٢٨٥٤) و(٢٨٥٥)، والطبراني في «الكبير» (١٢٧٣)، وأبو نعيم في «معرفة الصحابة» (١٢٦٧)، والحاكم (٩/ ٢١٢)، والبيهقي (١٠/ ٢٩٦ ـ ٢٩٧).

قال الشافعي في «الأم» (٤/ ٧٨): «أنه ليس بثابت، إنما يرويه عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ عُمَرَ، =

= عَنِ ابن موهب، عن تـميم الدّاريّ، وابن موهب ليس بالمعروف عندنا، ولا نعلمه لقي تميمًا، ومثل هذا لاَ يثبت عندنا ولا عندك من قبل أنه مجهول، ولا نعلمه متّصلًا».

وقال البخاري في كتاب الفرائض من «صحيحه» (١٢/ ٤٥/فتح) باب إذا أسلم على يديه: «ويذكر عن تميم الداري رفعه قال: هو أولى الناس بمحياه ومماته، واختلفوا في صحة الخبر».

وقال في «التاريخ الكبير» (٥/ ١٩٨ ـ ١٩٩): وقال هشام بن عمار: حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ حَمْزَةَ، قَالَ: حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ عُمَرَ بن عبد العزيز؛ سمع عبد الله بن موهب يحدث عمر بن عبد العزيز، عَنْ قَبِيصَةَ بْنِ ذُؤَيْبٍ، عَنْ تميم الدّاريّ؛ قلت: يا رسول الله، ما السُّنَّة في أهل الكفر يسلم على يدي رجل من المسلمين؟ قال: «**هو أولى الناس بمحياه ومماته**». وقال بعضهم: عبد الله بن موهب سمع تميم الداري، ولا يصح؛ لقول النبي ﷺ: «**الولاء لمن أعتق**».

وقال أبو زرعة الدمشقي في «تاريخه» (١/ ٥٦٩ ـ ٥٧١): «وسمعته ـ يعني أبا نعيم ـ يقول: أنا سمعت عبد العزيز ابن عمر يذكر عن عبد الله بن موهب؛ قال: سمعت تميم الداري ـ وأنكر أن يكون بينهما قبيصة بن ذؤيب ـ وقال: أنا سمعته يقول: سمعت تميمًا فاحتُجّ عند أبي نعيم ـ فيما بلغني ـ بما قال يحيى بن حمزة: عن عبد العزيز بْنِ عُمَرَ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بن موهب، عن قبيصة بن ذؤيب. . . . قال أبو زرعة: فحدثني بعض أصحابنا أنه قال: ومن يحيى بن حمزة حتى يُحتجّ به عليّ؟ فقيل له: يا أبا نعيم، لو قيل لك في نبل رجالك: من الأعمش؟ من فلان؟ ألم يكن القائل يستطيع أن يقول: لكل قوم علم، ولكل قوم رجال، وهم أعلم بما رووا؟ فسكت أبو نعيم».

ثم أسند أبو زرعة الحديث من طريق أبي مسهر، عن يحيى بن حمزة، ثم قال: «ولم أرَ أبا مسهر لما حدّث بهذا الحديث أنكره، ولا ردَّه. . . فوجه مدخل قبيصة بن ذؤيب في حديثه هذا ـ فيما نرى والله أعلم ـ: أن عبد العزيز بن عمر حدَّث يحيى بن حمزة بهذا الحديث من كتابه، وحدَّثهم بالعراق حفظًا. وقد حدثني صفوان بن صالح؛ أنه سمع الوليد بن المسلم يذكر أن الأوزاعي كان يدفع هذا الحديث، ولا يرى له وجهًا. ويحتجّ الأوزاعي: أنه لم يكن للمسلمين يومئذ ذمّة ولا خراج. قال أبو زرعة: وهذا حديث متصل حسن المخرج والاتصال، لم أر أحدًا من أهل العلم يدفعه». =

وَقَضَى بِهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ[(١)].

وَعُمْدَةُ الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ:

أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣٣] مَنْسُوخَةٌ بِآيَةِ الْمَوَارِيثِ، وَأَنَّ ذَلِكَ كَانَ فِي صَدْرِ الْإِسْلَامِ.

[٢٥٢٧/...] وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَلَاءِ وَلَا هِبَتُهُ، لِثُبُوتِ نَهْيِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَنْ ذَلِكَ إِلَّا وَلَاءَ السَّائِبَةِ[(٢)].

الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ:

٢٥٢٨ **اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ** إِذَا قَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: أَنْت سَائِبَةٌ.

= وقال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث عبد الله بن وهب، ويقال: ابن مَوْهب، عن تميم الداري، وقد أدخل بعضهم بين عبد الله بن وهب وبين تميم الداري: قبيصةَ بن ذؤيب؛ رَوَاهُ يَحْيَى بْنُ حَمْزَةَ، عَنْ عبد العزيز بن عمر، وزاد فيه: قبيصة بن ذؤيب. والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم، وهو عندي ليس بمتصل».

وأخرجه أحمد (٤/١٠٣)، والدارمي (٣٠٧٦)، وأبو حاتم كما في «علل الحديث» (٤/ ٥٦١)، وأبو زرعة في «تاريخه» (١/ ٥٦٩)، ويعقوب بن سفيان في «المعرفة» (٢/ ٤٣٩)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٢٨٥٢)، والبيهقي (١٠/ ٢٩٦): من طريقِ أَبي نُعَيْمٍ، عن عبد العزيز، عَنِ ابْن مَوْهَب، قَالَ: سمعتُ تَمِيمَ الدَّارِيَّ، عن النبيِّ ﷺ.

قال يعقوب بن سفيان في «المعرفة والتاريخ» (٢/ ٤٣٩): «حدَّثنا أبو نعيم؛ حدَّثنا عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز - وهو ثقة - عن عبد الله بن موهب - وهو همداني ثقة - قال: سمعت تميمًا الداري، وهذا خطأ؛ ابن موهب لم يسمع من تميم ولا لحقه».

قال ابن أبي حاتم في «علل الحديث» (٤/ ٥٦١): «قال أبي: أبو نُعَيْم أحفظُ وأتقنُ.
قلتُ لأبي: يحيى بنُ حمزة أفهَمُ بأهلِ بلده؟!
قَالَ: أَبُو نُعيم في كُلِّ شيء أحفظ وأتقن».

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٠٦).

(٢) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٧٩)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (٢٣/ ٢٠٥).

فَقَالَ مَالِكٌ[(١)]: وَلَاؤُهُ وَعَقْلُهُ لِلْمُسْلِمِينَ، وَجَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَعْتَقَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ بِهِ مَعْنَى الْعِتْقِ فَقَطْ، فَيَكُونُ وَلَاؤُهُ لَهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٢)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]: وَلَاؤُهُ لِلْمُعْتِقِ عَلَى كُلِّ حَالٍ. وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ[(٤)]، وَدَاوُدُ[(٥)]، وَأَبُو ثَوْرٍ[(٦)].

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لَهُ أَنْ يَجْعَلَ وَلَاءَهُ حَيْثُ شَاءَ، فَإِنْ لَمْ يُوَالِ أَحَدًا كَانَ وَلَاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ، وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ[(٧)] وَالْأَوْزَاعِيُّ[(٨)].

وَكَانَ إِبْرَاهِيمُ[(٩)]، وَالشَّعْبِيُّ[(١٠)] يَقُولَانِ: لَا بَأْسَ بِبَيْعِ وَلَاءِ السَّائِبَةِ وَهِبَتِهِ.

وَحُجَّةُ هَؤُلَاءِ: هِيَ الْحُجَجُ الْمُتَقَدِّمَةُ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا.

وَأَمَّا مَنْ أَجَازَ بَيْعَهُ: فَلَا أَعْرِفُ لَهُ حُجَّةً فِي هَذَا الْوَقْتِ[(١١)].

الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ:

٢٥٢٩ **اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ** فِي وَلَاءِ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ إِذَا أَعْتَقَهُ النَّصْرَانِيُّ قَبْلَ أَنْ يُبَاعَ عليه لِمَنْ يَكُونُ ولاؤه[(١٢)]؟

فَقَالَ مَالِكٌ[(١٣)] وَأَصْحَابُهُ: وَلَاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ أَسْلَمَ مَوْلَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ وَلَاؤُهُ وَلَا مِيرَاثُهُ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٠٦)، «المعونة» (٣/ ١٤٥٥)، «الفواكه الدواني» (٢/ ١٤٧)، «المختصر في الفرائض»، للحوفي (٥٢١ - ٥٢٢).

(٢) «المهذَّب» (٢/ ٦٤٥)، «البيان» (٨/ ٥٣٦)، «نهاية الهداية» (٢/ ١٩٣)، «شرح الفصول المهمة» (٢/ ٥٩٢).

(٣) «الهداية» (٣/ ٢٦٧)، «الاختيار لتعليل المختار» (٤/ ٥٠).

(٤) «الإنصاف» (١٨/ ٤١٨).

(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٠٦).

(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٠٦).

(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٠٦).

(٨) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٠٦).

(٩) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٠٦).

(١٠) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٠٦).

(١١) ينظر: «الإشراف»، لابن المنذر: (٤/ ٣٧٩).

(١٢) من (م).

(١٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٠٦)، «المعونة» (٣/ ١٤٥٥)، «الفواكه الدواني» (٢/ ١٤٧).

وَقَالَ الْجُمْهُورُ(١): وَلَاؤُهُ لِسَيِّدِهِ، فَإِنْ أَسْلَمَ كَانَ لَهُ مِيرَاثُهُ.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ الْوَلَاءَ كَالنَّسَبِ، وَأَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ الْأَبُ بَعْدَ إِسْلَامِ الِابْنِ أَنَّهُ يَرِثُهُ(٢).

وَأَمَّا عُمْدَةُ مَالِكٍ: فَعُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ١٤١﴾ [النساء: ١٤١].

فَهُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ لَمَّا لَمْ يَجِبْ لَهُ الْوَلَاءُ يَوْمَ الْعِتْقِ لَمْ يَجِبْ لَهُ(٣) فِيمَا بَعْدُ.

وَأَمَّا إِذَا وَجَبَ لَهُ يَوْمَ الْعِتْقِ ثُمَّ طَرَأَ مَانِعٌ مِنْ وُجُوبِهِ، فَلَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّهُ إِذَا ارْتَفَعَ ذَلِكَ الْمَانِعُ أَنَّهُ يَعُودُ [ب/ ٤١٠ظ] الْوَلَاءُ لَهُ.

٢٥٣٠ وَلِذَلِكَ [أ/ ٤٦٣و] **اتَّفَقُوا** أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ النَّصْرَانِيُّ الذِّمِّيُّ عَبْدَهُ النَّصْرَانِيَّ قَبْلَ أَنْ يُسْلِمَ أَحَدُهُمَا، ثُمَّ أَسْلَمَ الْعَبْدُ أَنَّ الْوَلَاءَ مرْتَفِع، فَإِنْ أَسْلَمَ الْمَوْلَى عَادَ إِلَيْهِ.

٢٥٣١ وَإِنْ كَانُوا اخْتَلَفُوا فِي الْحَرْبِيِّ(٤) يُعْتِقُ عَبْدَهُ وَهُوَ عَلَى دِينِهِ، ثُمَّ يَخْرُجَانِ إِلَيْنَا مُسْلِمَيْنِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٥): هُوَ مَوْلَاهُ يَرِثُهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٦): لَا وَلَاءَ بَيْنَهُمَا، وَلِلْعَبْدِ أَنْ يُوَالِيَ مَنْ شَاءَ عَلَى مَذْهَبِهِ فِي الْوَلَاءِ وَالتَّحَالُفِ.

وَخَالَفَ أَشْهَبُ مَالِكًا فَقَالَ(٧): إِذَا أَسْلَمَ الْعَبْدُ قَبْلَ الْمَوْلَى لَمْ يَعُدْ إِلَى الْمَوْلَى وَلَاؤُهُ أَبَدًا.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَعُودُ.

---

(١) «الهِدَاية»، للمرغيناني (١/ ١١٠ ـ ١١١)، «الإشراف»، للقاضي عبد الوهاب (١/ ٤٢١)، «كفاية الأخيار» (١/ ٢٨٠)، «المغني» (٩/ ٣٢٠)، «الإنصاف» (٧/ ٢٤٠).

(٢) زاد في المطبوع: «فكذلك العبد».

(٣) من (م).

(٤) مكانها بياض في (م).

(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٢١٠).

(٦) «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٤٥).

(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ٢١٠).

وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِ مَالِكٍ؛ لِأَنَّ مَالِكًا يَعْتَبِرُ وَقْتَ الْعِتْقِ(١).

وَهَذِهِ الْمَسَائِلُ كُلُّهَا مَفْرُوضَةٌ لَا تَقَعُ بَعْدُ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ دِينِ النَّصَارَى أَنْ يَسْتَرِقَّ بَعْضُهُمْ بَعْضًا، وَلَا مِنْ دِينِ الْيَهُودِ فِيمَا يَعْتَقِدُونَهُ فِي هَذَا الْوَقْتِ وَيَزْعُمُونَ أَنَّهُ مِنْ [م/ ٢٦١و] مِلَلِهِمْ.

الْمَسْأَلَةُ الْخَامِسَةُ:

٢٥٣٢ **أَجْمَعَ جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ** عَلَى أَنَّ النِّسَاءَ لَيْسَ لَهُنَّ مَدْخَلٌ فِي وِرَاثَةِ الْوَلَاءِ، إِلَّا مَنْ بَاشَرْنَ عِتْقَهُ بِأَنْفُسِهِنَّ أَوْ هَاجَرَ إِلَيْهِنَّ مَنْ بَاشَرْنَ(٢) عِتْقَهُ، إِمَّا بِوَلَاءٍ أَوْ بِنَسَبٍ(٣)، مِثْلَ مُعْتَقِ مُعْتَقِهَا (أَوِ ابْنِ مُعْتَقِهَا)(٤)، وَأَنَّهُنَّ لَا يَرِثْنَ مُعْتَقَ مَنْ يَرِثْنَهُ(٥)؛ إِلَّا مَا حُكِيَ عَنْ شُرَيْحٍ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢١٠). (٢) في (م): «باشر».

(٣) حكى الإجماع: ابن قدامة فِي «المغني» (٩/ ٢١٧)، وابن قاسم فِي «حاشية الروض المربع» (٦/ ٢٠١).

(٤) ليست في (ب).

(٥) قال في «فتح الباري» (١٢/ ٤٩): «. . . . قال الأبهري: ليس بين الفقهاء اختلاف أنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أولاد من أعتقن، إلا ما جاء عن مسروق أنه قال: لا يختص الذكور بولاء من أعتق آباؤهم بل الذكور والإناث فيه سواء كالميراث»، ونقل ابن المنذر، عن طاوس مثله.

قال الحافظ: وعليه اقتصر سحنون فيما نقله ابن التين، وتعقب الحصر الذي ذكره الأبهري، تبعًا لسحنون وغيره بأنه يرد عليه ولد الإناث من ولد من أعتقن.

قال: والعبارة السالمة أن يقال: إلا ما أعتقن أو جره إليهن من أعتقن بولادة أو عتق؛ احترازًا ممن لها ولد من زنا أو كانت ملاعنة أو كان زوجها عبدًا؛ فإن ولاء ولد هؤلاء كلهن لمعتق الأم والحجة للجمهور اتفاق الصحابة.

ومن حيث النظر: أن المرأة لا تستوعب المال بالفرض الذي هو آكد من التعصيب فاختص بالولاء من يستوعب المال وهو الذكر، وإنما ورثن من عتقن لأنه عن مباشرة لا عن جرِّ الإرث.

واستدل بقوله: «الولاء لمن أعطى الورِق»، على من قال فيمن أعتق عن غيره بوصية من المعتق عنه أن الولاء للمعتق عملًا بعموم قوله: الولاء لمن أعتق، وموضع الدلالة منه قوله: =

وَعُمْدَتُهُ:

أَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهَا وَلَاءُ مَا أَعْتَقَتْ بِنَفْسِهَا كَانَ لَهَا وَلَاءُ مَا أَعْتَقَهُ مُورِّثُهَا قِيَاسًا عَلَى الرَّجُلِ.

وَهَذَا هُوَ الَّذِي يَعْرِفُونَهُ بِقِيَاسِ الْمَعْنَى، وَهُوَ أَرْفَعُ[1] مَرَاتِبِ الْقِيَاسِ، وَإِنَّمَا الَّذِي يُوهِنُهُ[2] الشُّذُوذُ.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ الْوَلَاءَ إِنَّمَا وَجَبَ لِلنِّعْمَةِ الَّتِي كَانَتْ لِلْمُعْتِقِ (عَلَى الْمُعْتَقِ)[3]، وَهَذِهِ النِّعْمَةُ إِنَّمَا تُوجَدُ فِيمَنْ بَاشَرَ الْعِتْقَ، أَوْ كَانَ مِنْ سَبَبٍ قَوِيٍّ مِنْ أَسْبَابِهِ، وَهُمُ[4] الْعَصَبَةُ.

وَإِذْ قَدْ تَقَرَّرَ مَنْ لَهُ وَلَاءٌ مِمَّنْ لَيْسَ لَهُ وَلَاءٌ[5]، فَبَقِيَ النَّظَرُ فِي تَرْتِيبِ أَهْلِ الْوَلَاءِ فِي الْوَلَاءِ.

فَمِنْ أَشْهَرِ مَسَائِلِهِمْ فِي هَذَا الْبَابِ:

٢٥٣٣ الْمَسْأَلَةُ[6] التِي يَعْرِفُونَهَا بِالْوَلَاءِ لِلْكِبَرِ.

مِثَالُ ذَلِكَ: رَجُلٌ أَعْتَقَ عَبْدًا، ثُمَّ مَاتَ ذَلِكَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ أَخَوَيْنِ أَوِ ابْنَيْنِ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْأَخَوَيْنِ وَتَرَكَ ابْنًا، أَوْ أَحَدُ الِابْنَيْنِ.

فَقَالَ الْجُمْهُورُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ: إِنَّ حَظَّ الْأَخِ الْمَيِّتِ مِنَ الْوَلَاءِ [أ/ ٤٦٣و] لَا يَرِثُهُ عنه ابْنُهُ، وَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى أَخِيهِ؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِهِ [ب/ ٤١١و] مِنِ ابْنِهِ بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّ الْحَجْبَ فِي الْمِيرَاثِ يُعْتَبَرُ بِالْقُرْبِ مِنَ الْمَيِّتِ، وَهُنَا بِالْقُرْبِ مِنَ الْمُبَاشِرِ لِلْعِتْقِ.

= «الولاء لمن أعطى الورق»؛ فدل على أن المراد بقوله لمن أعتق لمن كان من عتق في ملكه حين العتق لا لمن باشر العتق فقط».

(١) في (م): «رافع».
(٢) في (م): «يوصد».
(٣) من (م).
(٤) في (م): «ومنهم».
(٥) من (م).
(٦) مكانها بياض في (م).

وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ(١)، وَعَلِيٍّ(٢)، وَعُثْمَانَ(٣)، وَابْنِ مَسْعُودٍ(٤)، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ(٥) مِنَ الصَّحَابَةِ.

وَقَالَ شُرَيْحٌ(٦) وَطَائِفَةٌ(٧) مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ: حَقُّ الْأَخِ الْمَيِّتِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لِبَنِيهِ.

وَعُمْدَةُ هَؤُلَاءِ: تَشْبِيهُ الْوَلَاءِ بِالْمِيرَاثِ.

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ**: أَنَّ الْوَلَاءَ نَسَبٌ(٨).

٢٥٣٤ وَمِنْ مَسَائِلِهِمُ الْمَشْهُورَةِ فِي هَذَا الْبَابِ: الْمَسْأَلَةُ الَّتِي تُعْرَفُ بِجَرِّ الْوَلَاءِ.

وَصُورَتُهَا:

أَنْ يَكُونَ عَبْدٌ لَهُ بَنُونَ مِنْ أَمَةٍ، فَأُعْتِقَتِ الْأَمَةُ ثُمَّ أُعْتِقَ الْعَبْدُ بَعْدَ ذَلِكَ؛ فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا لِمَنْ يَكُونُ وَلَاءُ الْبَنِينَ إِذَا أُعْتِقَ الْأَبُ؟

وَذَلِكَ:

[٢٥٣٤/أ] أَنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ وَلَاءَهُمْ بَعْدَ عِتْقِ الْأُمِّ (إِذَا لَمْ يَمَسَّ الْمَوْلُودَ الرِّقُّ فِي بَطْنِ أُمِّهِ، وَذَلِكَ يَكُونُ إِذَا تَزَوَّجَهَا الْعَبْدُ بَعْدَ الْعِتْقِ)(٩) وَقَبْلَ عِتْقِ الْأَبِ هُوَ لِمَوَالِي الْأُمِّ.

[٢٥٣٤/ب] وَاخْتَلَفُوا:

إِذَا أُعْتِقَ الْأَبُ هَلْ يَجُرُّ(١٠) وَلَاءَ بَنِيهِ لِمَوَالِيهِ أَمْ لَا (يَجُرُّ؟

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢١٩).
(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٢١٩).
(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٢١٩).
(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٢١٩).
(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٢١٩).
(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ٢١٩).
(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «في طائفة».
(٨) زاد في المطبوع: «مَبْدَؤُهُ مِنَ الْمُبَاشِرِ».
(٩) ما بين القوسين ليس في (م).
(١٠) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ينجر».

فَذَهَبَ الْجُمْهُورُ، وَمَالِكٌ[١]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٢]، وَالشَّافِعِيُّ[٣]، وَأَصْحَابُهُمْ إِلَى أَنَّهُ يَجُرُّ[٤].

وَبِهِ قَالَ عَلِيٌّ[٥]، وَابْنُ مَسْعُودٍ[٦]، وَالزُّبَيْرُ[٧]، وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ[٨].

وَقَالَ عَطَاءٌ[٩]، وَعِكْرِمَةُ[١٠]، وَابْنُ شِهَابٍ[١١] وَجَمَاعَةٌ: لَا يَجُرُّ وَلَاءَهُ.

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ[١٢].

وَقَضَى بِهِ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ مَرْوَانَ[١٣] لِمَا حَدَّثَهُ[١٤] بِهِ قَبِيصَةُ بْنِ ذُؤَيْبٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ مِثْلُ قَوْلِ الْجُمْهُورِ.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ:

أَنَّ الْوَلَاءَ مُشَبَّهٌ بِالنَّسَبِ، وَالنَّسَبُ لِلْأَبِ دُونَ الْأُمِّ.

وَعُمْدَةُ الْفَرِيقِ الثَّانِي:

أَنَّ الْبَنِينَ لَمَّا كَانُوا فِي الْحُرِّيَّةِ تَابِعُونَ[١٥] لِأُمِّهِمْ كَانُوا فِي مُوجِبِ الْحُرِّيَّةِ تَابِعِينَ[١٦] لَهَا، وَهُوَ الْوَلَاءُ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٢٣)، «المعونة» (٣/ ١٤٥٩)، «الدسوقي» (٤/ ٣١٩).
(٢) «الأصل»، لمحمد بن الحسن (٤/ ١/ ١٧٤)، «مختصر الطحاوي» (٣٩٨)، «الاختيار» (٤/ ٥٢).
(٣) «فتح العزيز» (١٣/ ٣٩٢)، «روضة الطَّالبين» (١٢/ ١٧٣).
(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «فقيل ينجر».
(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٢٣).
(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٢٣).
(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٢٣).
(٨) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٢٣).
(٩) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٢٣).
(١٠) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٢٣).
(١١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٢٣).
(١٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٢٣).
(١٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٢٣).
(١٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «حدث».
(١٥) في (م): «تابعين».
(١٦) في (ب): «تابعون».

وَذَهَبَ مَالِكٌ(١) إِلَى أَنَّ الْجَدَّ يَجُرُّ وَلَاءَ حَفَدَتِهِ إِذَا كَانَ أَبُوهُمْ عَبْدًا، إِلَّا أَنْ يُعْتَقَ الْأَبُ.

وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ(٢).

وَخَالَفَهُ فِي ذَلِكَ الْكُوفِيُّونَ(٣).

وَاعْتَمَد فِي ذَلِكَ عَلَى أَنَّ وَلَاءَ الْجَدِّ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِمُعْتِقِ الْجَدِّ عَلَى الْبَنِينَ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ، (وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْأَبِ)(٤) وَلَاءٌ فَأَحْرَى أَنْ لَا يَكُونَ لِلْجَدِّ.

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الثَّانِي**: أَنَّ عُبُودِيَّةَ الْأَبِ هِيَ كَمَوْتِهِ، فَوَجَبَ أَنْ يَنْتَقِلَ الْوَلَاءُ إِلَى أَبِي الْأَبِ.

٢٥٣٥ **وَلَا خِلَافَ** بَيْنَ مَنْ [أ/ ٤٦٤و] يَقُولُ: بِأَنَّ الْوَلَاءَ لِلْعَصَبَةِ فِيمَا أَعْلَمُ أَنَّ الْأَبْنَاءَ أَحَقُّ مِنَ الْآبَاءِ، وَأَنَّهُ لَا يَنْتَقِلُ [ب/ ٤١١ظ] إِلَى الْعَمُودِ الْأَعْلَى؛ إِلَّا إِذَا فَقَدَ الْعَمُودَ الْأَسْفَلَ(٥) بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّ الْبُنُوَّةَ عِنْدَهُمْ أَقْوَى تَعْصِيبًا مِنَ الْأُبُوَّةِ، وَالْأَبُ أَضْعَفُ(٦) تَعْصِيبًا، (وَالْإِخْوَةُ وَبَنُوهُمْ عِنْدَ مَالِكٍ أَقْعَدُ مِنَ الْجَدِّ(٧)).

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٢٣)، «الدسوقي» (٤/ ٣١٩).

(٢) «روضة الطالبين» (١٢/ ١٧٣). (٣) «الاختيار لتعليل المختار» (٤/ ٥٢).

(٤) من (م).

(٥) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٠٠)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٢١٧).
وخالف أحمد في رواية عنه، وشريح، وطاووس. فذهبوا إلى أن بنات المعتق يرثن بالولاء ولو لم يعتقن.
الإجماع (ص٩٩).
واحتجوا بما ذهبوا إليه: بما روي عن النبي ـ ﷺ، «أنه ورَّث بنت حمزة من الذي أعتقه حمزة».
قال الشربيني في «الإقناع» (٢/ ٣٩٢): «وأما ما رواه الدارقطني من أنه ﷺ ورَّث بنت حمزة من عتيق أبيها، قال السبكي: إنه حديث مضطرب لا تقوم به الحجة».

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «أقوى».

(٧) «الاستذكار» (١٥/ ٢٢٦).

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ[١] وَأَبِي حَنِيفَةَ[٢] الْجَدُّ أَقْعَدُ مِنْهُمْ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

مَنْ أَقْرَبُ نَسَبًا وَأَقْوَى تَعْصِيبًا)[٣]، وَلَيْسَ يُورَثُ بِالْوَلَاءِ جُزْءٌ مَفْرُوضٌ، وَإِنَّمَا يُورَثُ تَعْصِيبًا، فَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى (الْأَسْفَلُ [م/ ٢٦١ظ] وَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ أَصْلًا، أَوْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ لَا يُحِيطُونَ بِالْمِيرَاثِ كَانَ عَاصِبُهُ الْمَوْلَى الْأَعْلَى، وَكَذَلِكَ يُعَصِّبُ الْمَوْلَى)[٤] الْأَعْلَى كُلَّ مَنْ لِلْمَوْلَى الْأَعْلَى عَلَيْهِ وِلَادَةُ نَسَبٍ ـ أَعْنِي: بَنَاتِهِ[٥] وَبَنِيهِ[٦] وَبَنِي بَنِيهِ.

وَفِي هَذَا الْبَابِ مَسْأَلَةٌ مَشْهُورَةٌ، وَهِيَ: إِذَا مَاتَتِ امْرَأَةٌ وَلَهَا وَلَاءٌ وَوَلَدٌ وَعَصَبَةٌ لِمَنْ يَنْتَقِلُ الْوَلَاءُ؟

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لِعَصَبَتِهَا، لِأَنَّهُمُ الَّذِينَ يَعْقِلُونَ عَنْهَا، وَالْوَلَاءُ لِلْعَصَبَةِ، وَهُوَ قَوْلُ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ[٧].

وَقَالَ قَوْمٌ: لِابْنِهَا[٨]، وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَعَلَيْهِ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ، (وَهُوَ [مُخَالِفٌ لِأَهْلِ هَذَا السَّلَفِ][٩]؛ لِأَنَّ ابْنَ الْمَرْأَةِ لَيْسَ مِنْ عَصَبَتِهَا[١٠].

تَمَّ كِتَابُ **الْفَرَائِضِ وَالْوَلَاءِ**، وَالْحَمْدُ للهِ حَقَّ حَمْدِهِ)[١١].

---

(١) «روضة الطالبين» (١٢/ ١٧٤).
(٢) «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٤٥).
(٣) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٤) من (م).
(٥) ليست في (أ).
(٦) ليس في (ب).
(٧) «الاستذكار» (١٥/ ٢٢٩).
(٨) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لأبنائها».
(٩) كذا في النسخ والمطبوع، وهو ضعف تركيب واضحٌ.
(١٠) «الاستذكار» (١٥/ ٢٢٩).
(١١) ما بين القوسين من (م).

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسلِيْمًا)(١)

كِتَابُ الْعِتْقِ

وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْكِتَابِ:

فِيمَنْ يَصِحُّ عِتْقُهُ.

وَمَنْ لَا يَصِحُّ.

وَمَنْ يَلْزَمُهُ.

(وَمَنْ لَا يَلْزَمُهُ)(٢) - أَعْنِي: بِالشَّرْعِ.

وَفِي أَلْفَاظِ الْعِتْقِ، وَفِي الْإِيمَانِ بِهِ، وَفِي أَحْكَامِهِ، وَفِي الشُّرُوطِ الْوَاقِعَةِ فِيهِ.

وَنَحْنُ، فَإِنَّمَا نَذْكُرُ مِنْ هَذِهِ الْأَبْوَابِ مَا فِيهَا مِنَ الْمَسَائِلِ الْمَشْهُورَةِ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بها(٣) أَكْثَرَ ذَلِكَ بِالْمَسْمُوعِ.

فَأَمَّا مَنْ يَصِحُّ عِتْقُهُ:

٢٥٣٦ فَإِنَّهُمْ **أَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ عِتْقُ الْمَالِكِ الصَّحِيحِ الْمُلْكِ الرَّشِيدِ الصَّحِيحِ الْجِسْمِ الغَيْرِ الْعَدِيمِ(٤).

---

(١) في (م): «تبدو». (٢) من (م).

(٣) ليست في (م).

(٤) حكى الإجماع على ذلك: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١١٣)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (٧/ ٣٦٩)، وابن قدامة فِي «المغني» (١٤/ ٣٦٢).
ذهب الإمام أحمد في رواية، اختارها أبو بكر عبد العزيز (٩) إلى أن عتق الصبي المميز يصح.
«شرح الزركشي على الخرقي» (٤/ ٥٥١)، «الإنصاف» (٧/ ٣٩٤).

٢٥٣٧ **وَاخْتَلَفُوا** فِي عِتْقِ مَنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ.

وَفِي عِتْقِ الْمَرِيضِ وَحُكْمِهِ.

[٢٥٣٧/أ] فَأَمَّا مَنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ:

فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ[(١)] اخْتَلَفُوا فِي جَوَازِ عِتْقِهِ:

فَقَالَ أَكْثَرُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ:

مَالِكٌ[(٢)] وَغَيْرُهُ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ، وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ[(٣)] وَاللَّيْثُ[(٤)].

وَقَالَ فُقَهَاءُ الْعِرَاقِ[(٥)]: ذَلِكَ جَائِزٌ حَتَّى يَحْجُرَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ، وَذَلِكَ عِنْدَ مَنْ يَرَى التَّحْجِيرَ مِنْهُمْ.

وَقَدْ يَتَخَرَّجُ عَنْ مَالِكٍ[(٦)] فِي ذَلِكَ الْجَوَازُ؛ قِيَاسًا عَلَى مَا رُوِيَ عَنْهُ فِي الرَّهْنِ[(٧)] أَنَّهُ يَجُوزُ، وَإِنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِ الرَّاهِنِ مَا[(٨)] لَمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ.

وَعُمْدَةُ مَنْ [أ/ ٤٦٤ظ] مَنَعَ عِتْقَهُ:

أَنَّ مَالَهُ فِي تِلْكَ الْحَالِ مُسْتَحَقٌّ لِلْغُرَمَاءِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَ مِنْهُ شَيْئًا بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَهِيَ [ب/ ٤١٢و] الْعِلَّةُ الَّتِي بِهَا يَحْجُرُ الْحَاكِمُ[(٩)]، وَالْأَحْكَامُ يَجِبُ أَنْ (تُوجَدَ مَعَ وُجُودِ)[(١٠)] عِلَلِهَا، وَتَحْجِيرُ الْحَاكِمِ لَيْسَ بِعِلَّةٍ وَإِنَّمَا هُوَ حُكْمٌ وَاجِبٌ مِنْ مُوجِبَاتِ الْعِلَّةِ فَلَا اعْتِبَارَ بِوُقُوعِهِ.

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الثَّانِي**:

---

(١) مكانها بياض في (م).
(٢) «الاستذكار» (٧/ ٣٧٠).
(٣) «الاستذكار» (٧/ ٣٧٠).
(٤) «الاستذكار» (٧/ ٣٧٠).
(٥) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٤٦)، «الهداية» (١/ ٣٣١).
(٦) «الاستذكار» (٧/ ٣٧٢)، «القوانين» (ص٤١٢).
(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «المذهب».
(٨) من (م).
(٩) زاد في المطبوع: «عَلَيْهِ التَّصَرُّفَ».
(١٠) في (ب): «تؤخذ مع وجوه».

أَنَّهُ قَدِ انْعَقَدَ **الْإِجْمَاعُ** عَلَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَطَأَ جَارِيَتَهُ وَيُحْبِلَهَا(١)، وَلَا يَرُدَّ شَيْئًا مِمَّا أَنْفَقَهُ مِنْ مَالِهِ عَلَى نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ؛ حَتَّى يَضْرِبَ الْحَاكِمُ عَلَى يَدَيْهِ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ حُكْمُ تَصَرُّفَاتِهِ هَذَا الْحُكْمَ، وَهَذَا هُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ(٢).

وَلَا خِلَافَ عِنْدَ الْجَمِيعِ(٣) أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْتِقَ غَيْرُ الْمُحْتَلِمِ مَا لَمْ يَكُنْ وَصِيَّةً مِنْهُ، وَكَذَلِكَ الْمَحْجُورُ.

وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ الْعُلَمَاءِ عِتْقُهُ لِشَيْءٍ مِنْ مَمَالِيكِهِ(٤)، إِلَّا مَالِكًا(٥) وَأَكْثَرَ أَصْحَابِهِ، فَإِنَّهُمْ أَجَازُوا عِتْقَهُ لِأُمِّ وَلَدِهِ.

[٢٥٣٧/ب] وَأَمَّا الْمَرِيضُ:

فَالْجُمْهُورُ(٦) عَلَى أَنَّ عِتْقَهُ إِنْ صَحَّ وَقَعَ، وَإِنْ مَاتَ كَانَ مِنَ الثُّلُثِ.

وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ: هُوَ مِثْلُ عِتْقِ(٧) الصَّحِيحِ(٨).

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ:

حَدِيثُ عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ، أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُدٍ لَهُ، الْحَدِيثَ(٩) عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

---

(١) حكى الإجماع: ابن قدامة في «المغني» (١٤/ ٥٨٠)، والزركشي في «شرح الخرقي» (٤/ ٦١٧).

(٢) «الأم» (٥/ ٢١٥)، «التهذيب» (٨/ ٤٨٥).

(٣) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٤٦)، «الاستذكار» (٧/ ٣٧٢)، «البيان» (٨/ ٣٢٢)، «المغني» (١٤/ ٥٨٠)، «الإنصاف» (٧/ ٣٩٤).

(٤) كذا في (أ). وفي (ب): «مالكيه»، وفي (م): «مالكه».

(٥) «الذخيرة» (١١/ ٣٣٩).

(٦) «المبسوط» (٧/ ٧٥)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٩٩)، «فتح القدير» (٤/ ٤٤٨)، «الاستذكار» (٧/ ٣٧٤)، «الأم» (٩/ ٢٨١)، «مختصر المزني» (ص٤١٩)، «الحاوي الكبير» (١٨/ ٣٤)، «نهاية المطلب» (١٩/ ٢٢٨)، «المجموع» (١٦/ ٤١٦)، «مغني المحتاج» (٤/ ٥٠٢)، «المغني» (١٤/ ٥٨٠).

(٧) في (م): «العتق».

(٨) «المحلى» (٨/ ١٩٤).

(٩) أخرجه مسلمٌ: (١٦٦٨).

[٢٥٣٧/ج] وَأَمَّا مَنْ يَدْخُلُ الْعِتْقُ عَلَيْهِمْ طَوْعًا[١] فَهُمْ ثَلَاثَةٌ:

مَنْ بَعَّضَ الْعِتْقَ.

(وَهَذَا[٢] مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ فِي أَحَدِ قِسْمَيْهِ.

وَاثْنَانِ مُخْتَلَفٌ فِيهِمَا، وَهُمَا مَنْ يَمْلِكُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، وَمَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ.

[٢٥٣٧/د] فَأَمَّا مَنْ بَعَّضَ الْعِتْقَ)[٣]، فَإِنَّهُ يَنْقَسِمُ **قِسْمَيْنِ**:

أَحَدُهُمَا:

مَنْ وَقَعَ تَبْعِيضُ الْعِتْقِ مِنْهُ، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الْعَبْدِ إِلَّا الْجُزْءُ الْمُعْتَقُ.

وَالثَّانِي:

أَنْ يَكُونَ يَمْلِكُ الْعَبْدَ كُلَّهُ وَلَكِنْ بَعَّضَ عِتْقَهُ اخْتِيَارًا مِنْهُ.

[٢٥٣٧/هـ] فَأَمَّا الْعَبْدُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ يُعْتِقُ أَحَدُهُمَا حَظَّهُ مِنْهُ:

فَإِنَّ الْفُقَهَاءَ **اخْتَلَفُوا** فِي حُكْمِ ذَلِكَ.

فَقَالَ مَالِكٌ[٤]، وَالشَّافِعِيُّ[٥]، وَأَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ[٦]: إِنْ كَانَ [م/ ٢٦٢و] الْمُعْتِقُ مُوسِرًا قُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَدَفَعَ ذَلِكَ إِلَى شَرِيكِهِ وَعَتَقَ [أ/ ٤٦٥و] الْكُلُّ عَلَيْهِ وَكَانَ وَلَاؤُهُ لَهُ، وَإِنْ كَانَ الْمُعْتِقُ مُعْسِرًا لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ وَبَقِيَ الْمُعْتَقُ بَعْضُهُ عَبْدًا وَأَحْكَامُهُ أَحْكَامُ الْعَبْدِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى الْعَبْدُ فِي قِيمَتِهِ لِلسَّيِّدِ الَّذِي لَمْ يُعْتِقْ حَظَّهُ مِنْهُ وَهُوَ حُرٌّ يَوْمَ أَعْتَقَ[٧] حَظَّهُ مِنْهُ الْأَوَّلُ وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ لِلْأَوَّلِ.

---

(١) في المطبوع: «كرها».

(٢) من هنا يبدأ خرم في (ب).

(٣) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (ب).

(٤) الاستذكار» (٧/ ٣٧٤).

(٥) «مغني المحتاج» (٤/ ٥٠٢).

(٦) «الإنصاف» (٧/ ٣٩٤).

(٧) في (أ): «عتق».

وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ[١]، وَابْنُ شُبْرُمَةَ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى[٢]، (وَجَمَاعَةُ الْكُوفِيِّينَ، إِلَّا أَنَّ ابْنَ شُبْرُمَةَ، وَابْنَ أَبِي لَيْلَى)[٣] جَعَلَا لِلْعَبْدِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمُعْتِقِ بِمَا سَعَى فِيهِ مَتَى أَيْسَرَ.

[٢٥٣٧/و] (وَأَمَّا شَرِيكُ الْمُعْتِقِ:

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ فِي أَنْ يُعْتِقَ أَوْ يُقَوِّمَ نَصِيبَهُ عَلَى الْمُعْتِقِ)[٤].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٥]: لِشَرِيكِ الْمُوسِرِ **ثَلَاث خِيَارَاتٍ**:

أَحَدُهَا:

أَنْ يُعْتِقَ كَمَا أَعْتَقَ شَرِيكُهُ وَيَكُونُ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا، وَهَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَهُمْ، (إِلَّا عَلَى قِيَاسِ مَنْ يَرَى أَنَّهُ مُعْتَقٌ بِالسِّرَايَةِ)[٦].

وَالْخِيَارُ الثَّانِي:

أَنْ يُقَوَّمَ [ب/٤١٢ظ] (عَلَى الْعِتْقِ)[٧] حِصَّتُهُ.

وَالثَّالِثُ:

أَنْ يُكَلَّفَ الْعَبْدُ السَّعْيَ فِي ذَلِكَ إِنْ شَاءَ وَيَكُونُ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا (وَلِلسَّيِّدِ عَلَى عَبْدِهِ الْمُعْتَقِ)[٨] إِذَا قَوَّمَ عَلَيْهِ شَرِيكُهُ نَصِيبَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْعَبْدِ فَيَسْعَى فِيهِ وَيَكُونَ الْوَلَاءُ كُلُّهُ لِلْمُعْتِقِ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ:

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٣٧٤).
(٢) «الاستذكار» (٧/ ٣٧٤).
(٣) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٤) ما بين القوسين من (م).
(٥) «فتح القدير» (٤/ ٤٤٨).
(٦) ما بين القوسين من (م).
(٧) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «عليه».
(٨) كذا في (أ)، وفي (ب): «للسيد عبده المعتق»، وفي (م): «وللسيد عمدة المعتق». وفي المطبوع: «وَلِلسَّيِّدِ الْمُعْتِقِ عَبْدَهُ عِنْدَهُ».

حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: **«مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا[(١)] لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدَ، وَإِلَّا فَقَدَ (أَعْتَقَ مِنْهُ مَا أَعْتَقَ)»**[(٢)(٣)].

وَعُمْدَةُ مُحَمَّدٍ، وَأَبِي يُوسُفَ صَاحِبَا[(٤)] أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَنْ قال بِقَوْلِهِمْ:

حَدِيثُ (أَبِي هُرَيْرَةَ)[(٥)] أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: **«مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي عَبْدٍ فَخَلَاصُهُ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتَسْعَى الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»**.

وَكِلَا الْحَدِيثَيْنِ خَرَّجَهُ أَهْلُ الصِّحَاحِ: الْبُخَارِيُّ، وَمُسْلِمٌ[(٦)] وَغَيْرُهُمَا، وَلِكُلِّ طَائِفَةٍ مِنْهُمْ قَوْلٌ فِي تَرْجِيحِ حَدِيثِهِ[(٧)].

فَمِمَّا وَهَّنَتْ بِهِ الْكُوفِيَّةُ حَدِيثَ ابْنِ عُمَرَ:

أَنَّ بَعْضَ [أ/ ٤٦٥ظ] رُوَاتِهِ شَكَّ فِي الزِّيَادَةِ الْمُعَارِضَةِ فِيهِ لِحَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَهُوَ قَوْلُهُ: «وَإِلَّا فَقَدَ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ»، فَهَلْ هُوَ مِنْ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَمْ مِنْ قَوْلِ نَافِعٍ، وَإِنَّ فِي أَلْفَاظِهِ أَيْضًا بَيْنَ رُوَاتِهِ اضْطِرَابًا[(٨)].

وَمِمَّا وَهَّنَ بِهِ الْمَالِكِيُّونَ:

حَدِيثَ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ اخْتَلَفَ أَصْحَابُ قَتَادَةَ فِيهِ عَلَى قَتَادَةَ فِي ذِكْرِ السِّعَايَةِ[(٩)].

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «شريكًا».
(٢) في (م): «عتق عليه ما عتق».
(٣) أخرجه البخاري (٢٥٢٥)، ومسلم (١٥٠١).
(٤) في المطبوع: «صاحبي». (٥) مكانها بياض في (م).
(٦) أخرجه البخاري (٢٥٠٤)، ومسلم (١٥٠٣).
(٧) زاد في المطبوع: «الَّذِي أَخَذَ بِهِ».
(٨) ينظر: «الجامع لعلوم الإمام أحمد/ علل الحديث»: (٢١/ ٢٢٥ - ٢٢٧).
(٩) ينظر: «علل الدارقطني»: (١٠/ ٣١٧).

وَأَمَّا مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى:

فَاعْتَمَدَتِ الْمَالِكِيَّةُ فِي ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُ السَّيِّدَ التَّقْوِيمُ إذا كَانَ لَهُ مَالٌ لِلضَّرَرِ الَّذِي أَدْخَلَهُ عَلَى شَرِيكِهِ وَالْعَبْدُ لَمْ يُدْخِلْ ضَرَرًا فَلَيْسَ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ.

وَعُمْدَةُ الْكُوفِيِّينَ مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى:

أَنَّ الْحُرِّيَّةَ حَقٌّ شَرْعِيٌّ لَا يَجُوزُ تَبْعِيضُهُ، فَإِذَا كَانَ الشَّرِيكُ الْمُعْتِقُ مُوسِرًا عَتَقَ الْكُلَّ عَلَيْهِ، وَإِذَا كَانَ مُعْسِرًا سَعَى الْعَبْدُ فِي قِيمَتِهِ وَفِيهِ مَعَ هَذَا رَفْعُ الضَّرَرِ الدَّاخِلِ عَلَى الشَّرِيكِ وَلَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْعَبْدِ، وَرُبَّمَا أَتَوْا بِقِيَاسٍ شَبَهِيٍّ.

وَقَالُوا: لَمَّا كَانَ الْعِتْقُ يُوجَدُ فِي الشَّرْعِ مِنْهُ نَوْعَانِ:

[١] نَوْعٌ يَقَعُ بِالِاخْتِيَارِ، وَهُوَ: إِعْتَاقُ السَّيِّدِ عَبْدَهُ ابْتِغَاءَ ثَوَابِ اللهِ.

[٢] وَنَوْعٌ يَقَعُ بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ، وَهُوَ: أَنْ يَعْتِقَ عَلَى السَّيِّدِ مَنْ لَا يَجُوزُ لَهُ بِالشَّرِيعَةِ مِلْكُهُ، [ب/ ٤١٣و] وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْعِتْقُ بِالسَّعْيِ كَذَلِكَ. فَالَّذِي بِالِاخْتِيَارِ مِنْهُ هُوَ الْكِتَابَةُ.

وَالَّذِي هُوَ دَاخِلٌ بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ هُوَ السَّعْيُ.

٢٥٣٨ وَاخْتَلَفَ مَالِكٌ[١]، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ[٢] إِذَا كَانَ الْمُعْتِقُ مُوسِرًا؛ هَلْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ نَصِيبَ شَرِيكِهِ بِالْحُكْمِ أَوْ بِالسِّرَايَةِ؟

أَعْنِي:

أَنَّهُ يَسْرِي وُجُوبُ عِتْقِهِ بِنَفْسِ الْعِتْقِ:

فَقَالَتِ الشَّافِعِيَّةُ: يَعْتِقُ بِالسِّرَايَةِ.

(وَقَالَتِ الْمَالِكِيَّةُ: بِالْحُكْمِ.

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٣٧٤).

(٢) «الحاوي الكبير» (١٨/ ٣٤)، «نهاية المطلب» (١٩/ ٢٢٨)، «المجموع» (١٦/ ٤١٦)، «المغني» (١٤/ ٥٨٠).

وَاحْتَجَّتِ الْمَالِكِيَّةُ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ وَاجِبًا بِالسِّرَايَةِ)[١] [أ/٤٦٦و] لَسَرَى مَعَ الْعَدَمِ وَالْيُسْرِ[٢].

وَاحْتَجَّتِ الشَّافِعِيَّةُ بِاللَّازِمِ عَنْ مَفْهُوم [م/٢٦٢ظ] قَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ**»[٣]، فَقَالُوا: مَا يَجِبُ تَقْوِيمُهُ، فَإِنَّمَا يَجِبُ بَعْدَ إِتْلَافِهِ فَإِذَنْ بِنَفْسِ الْعِتْقِ أَتْلَفَ حَظَّ صَاحِبِهِ فَوَجَبَ عَلَيْهِ تَقْوِيمُهُ فِي وَقْتِ الْإِتْلَافِ، وَإِنْ لَمْ يَحْكُمْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ حَاكِمٌ.

(وَعَلَى هَذَا: فَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ أَنْ يُعْتِقَ نَصِيبَهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ نَفَذَ الْعِتْقُ)[٤] وَهَذَا بَيِّنٌ.

وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ[٥] فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مُخَالِفٌ لِظَاهِرِ الْحَدِيثَيْنِ.

وَقَدْ رُوِيَ فِيهَا خِلَافٌ شَاذٌّ، فَقِيلَ عَنِ ابْنِ سِيرِينَ[٦]: إِنَّهُ جَعَلَ حِصَّةَ الشَّرِيكِ فِي بَيْتِ الْمَالِ.

وَقِيلَ عَنْ رَبِيعَةَ[٧] فِيمَنْ أَعْتَقَ نَصِيبًا لَهُ فِي عَبْدٍ: أَنَّ الْعِتْقَ بَاطِلٌ[٨].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٢) من (م).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) ما بين القوسين ليس في (م).
(٥) «فتح القدير» (٣/ ٣٨٠)، «البدائع» (٥/ ٣١٣).
(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ١٢٥)، «المحلى» (١٠/ ٩٦).
(٧) «المحلى» (١٠/ ٩٥).
(٨) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٣/ ١٢٥ ـ ١٢٦): «واتفق أحمد، وإسحاق، وسفيان بأن العتق إذا وقع، والمعتق موسر، ثم أفلس لم يتحول عليه الغرم كما لو وقع، وهو مفلس، ثم أيسر، لم يلزمه شيء.
وقد قيل في هذه المسألة أقوال غير ما ذكرنا شاذة، وليس عليها أحد من فقهاء الأمصار، **منها**: قول ربيعة بن أبي عبد الرحمٰن، قال: فمن أعتق حصته من عبد أن العتق باطل، موسرًا كان المعتق، أو معسرًا وهذا خلاف الحديث، وما أشك أنه لم يبلغه ولا علمه».
وقال (٢٣/ ١٢٤): «لم يقل زفر بحديث ابن عمر، ولا بحديث أبي هريرة في هذا الباب. =

(وَقَالَ قَوْمٌ: لَا يُقَوَّمُ عَلَى الْمُعْسِرِ الْكُلُّ، وَيَنْفُذُ الْعِتْقُ فِيمَا أَعْتَقَ[1].

وَقَالَ قَوْمٌ بِوُجُوبِ التَّقْوِيمِ عَلَى الْمُعْتِقِ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا وَيَتْبَعُهُ شَرِيكُهُ[2]، وَسَقَطَ الْعُسْرُ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ[3] فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ)[4]، وَهَذَا كُلُّهُ خِلَافُ[5] الْأَحَادِيثِ، وَلَعَلَّهُمْ لَمْ تَبْلُغْهُمُ الْأَحَادِيثُ.

[٢٥٣٨/أ] وَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ[6] مِنْ هَذَا فِي فَرْعٍ، وَهُوَ إِذَا كَانَ مُعْسِرًا فتأخَّر الْحُكْمُ عَلَيْهِ بِإِسْقَاطِ التَّقْوِيمِ حَتَّى أَيْسَرَ:

فَقِيلَ: يُقَوَّمُ.

وَقِيلَ: لَا يُقَوَّمُ.

[٢٥٣٨ب] وَاتَّفَقَ الْقَائِلُونَ بِهَذِهِ الْآثَارِ عَلَى أَنَّ مَنْ مَلَكَ بِاخْتِيَارِهِ شِقْصًا يُعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ عَبْدٍ: أَنَّهُ يُعْتَقُ عَلَيْهِ الْبَاقِي إِنْ كَانَ مُوسِرًا.

إِلَّا أَنَّهُ[7] إِذَا مَلَكَهُ بِوَجْهٍ لَا اخْتِيَارَ لَهُ فِيهِ، وَهُوَ أَنْ يَمْلِكَهُ بِمِيرَاثٍ، فَقَالَ قَوْمٌ: يُعْتَقُ عَلَيْهِ فِي حَالِ الْيُسْرِ:

وَقَالَ قَوْمٌ: لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ.

وَقَالَ قَوْمٌ: فِي حَالِ الْيُسْرِ بِالسِّعَايَةِ.

وَقَالَ قَوْمٌ: لَا.

= وكذلك أبو حنيفة لم يقل بواحد من الحديثين على وجهه، وكل قول خالف السُّنَّة مردود».

وقال القاضي عياض في «إكمال المعلم» (٥/ ١٠٠): «ولا خلاف في بقاء عتق نصيب المعتق بكل حال بين علماء الأمصار، إلا ما روي عن ربيعة من إبطال عتق المعتق لنصيبه معسرًا كان أو موسرًا، وهذا قول لا أصل له مع مخالفته جميع الأحاديث».

(١) وهو قول عثمان البتي: «الاستذكار» (٢٣/ ١٢٦)، «المحلى» (١٠/ ٩٥).

(٢) وهو قول زفر بن الهذيل: «الاستذكار» (٢٣/ ١٢٤)، «المحلى» (١٠/ ٩٥).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) من (م).

(٥) في (م): «بخلاف».

(٦) «الاستذكار» (٧/ ٣٧٧).

(٧) ليست في (م).

٢٥٣٩ وَإِذَا مَلَكَ السَّيِّدُ جَمِيعَ الْعَبْدِ فَأَعْتَقَ بَعْضَهُ:

فَجُمْهُورُ عُلَمَاءِ الْحِجَازِ وَالْعِرَاقِ؛ مَالِكٌ[(١)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٢)]، وَالثَّوْرِيُّ[(٣)]، وَالْأَوْزَاعِيُّ[(٤)]، وَأَحْمَدُ[(٥)]، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى[(٦)]، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ[(٧)]، وَأَبُو يُوسُفَ[(٨)] يَقُولُونَ: يُعْتَقُ عَلَيْهِ كُلُّهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٩)]، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ[(١٠)]: يُعْتَقُ عليه ذَلِكَ الْقَدْرُ الَّذِي عُتِقَ وَيَسْعَى الْعَبْدُ فِي الْبَاقِي، وَهُوَ قَوْلُ طَاوُسٍ[(١١)]، وَحَمَّادٍ[(١٢)].

وَعُمْدَةُ [ب/٤١٣ظ] اسْتِدْلَالِ الْجُمْهُورِ:

أَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَتِ السُّنَّةُ فِي إِعْتَاقِ نَصِيبِ (الْعَبْدِ عَلَى الْغَيْرِ بِحُرْمَةِ)[(١٣)] الْعِتْقِ كَانَ أَحْرَى أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ ذَلِكَ فِي مِلْكِهِ.

وَعُمْدَةُ أَبِي حَنِيفَةَ:

أَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ الْعِتْقِ عَلَى الْمُبَعِّضِ (فِي الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ)[(١٤)] هُوَ الضَّرَرُ الدَّاخِلُ [أ/٤٦٦ظ] عَلَى شَرِيكِهِ، فَإِذَا كَانَ كُلُّهُ مِلْكًا لَهُ لَمْ يَكُنْ هُنَالِكَ ضَرَرٌ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ١٢٧).

(٢) «الحاوي الكبير» (١٨/ ٥)، «نهاية المطلب» (١٩/ ٢٠٣).

(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ١٢٧).

(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ١٢٧).

(٥) «كشاف القناع» (٤/ ٢٧٢).

(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ١٢٧).

(٧) «المبسوط» (٢٤/ ١٣٤)، «الاختيار» (٥/ ٧٢)، «بدائع الصنائع» (١٠/ ٤٩٢).

(٨) «المبسوط» (٢٤/ ١٣٤)، «الاختيار» (٥/ ٧٢)، «بدائع الصنائع» (١٠/ ٤٩٢).

(٩) «المبسوط» (٢٤/ ١٣٤)، «الاختيار» (٥/ ٧٢).

(١٠) «الاستذكار» (٢٣/ ١٢٧)، «المحلى» (٨/ ٢٩٧).

(١١) «الاستذكار» (٢٣/ ١٢٨).

(١٢) «الاستذكار» (٢٣/ ١٢٨).

(١٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الغير لحرمة»، وفي المطبوع: «الغير على الغير لحرمة».

(١٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «العتق للشريك».

فَسَبَبُ الِاخْتِلَافِ مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى: هَلْ عِلَّةُ هَذَا الْحُكْمِ حُرْمَةُ الْعِتْقِ - أَعْنِي: أَنَّهُ لَا يَقَعُ فِيهِ تَبْعِيضٌ - أَوْ مَضَرَّةُ الشَّرِيكِ؟

وَاحْتَجَّتِ الْحَنَفِيَّةُ:

بِمَا رَوَاهُ إِسْمَاعِيلُ بْنُ أُمَيَّةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ: أَنَّهُ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ، فَلَمْ يُنْكِرْ رَسُولُ اللهِ ﷺ عِتْقَهُ[١].

وَمِنْ عُمْدَةِ الْجُمْهُورِ:

مَا رَوَاهُ النَّسَائِيُّ[٢]، وَأَبُو دَاوُدَ[٣] عَنْ أَبِي الْمَلِيحِ، عَنْ أَبِيهِ: «أَنَّ رَجُلًا مِنْ هُذَيْلٍ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ مِنْ مَمْلُوكٍ، فَتَمَّمَ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عِتْقَهُ، وَقَالَ: «**لَيْسَ للهِ شَرِيكٌ**».

(وَعَلَى هَذَا:

فَقَدَ نَصَّ)[٤] عَلَى الْعِلَّةِ الَّتِي تَمَسَّكَ بِهَا الْجُمْهُورُ، وَصَارَتْ عِلَّتُهُمْ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْعِلَّةَ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهَا أَوْلَى مِنَ الْمُسْتَنْبَطَةِ.

فَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ تَعَارُضُ الْآثَارِ فِي هَذَا الْبَابِ وَتَعَارُضُ الْقِيَاسِ.

٢٥٤٠ وَأَمَّا الْإِعْتَاقُ الَّذِي يَكُونُ بِالْمُثْلَةِ[٥]:

فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فِيهِ:

فَقَالَ: مَالِكٌ[٦]، وَاللَّيْثُ[٧]، وَالْأَوْزَاعِيُّ[٨]: مَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ أَعْتَقَ عَلَيْهِ.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٩/ ١٤٨ - ١٤٩).
قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٣/ ١٢٨): «وهذا يحتمل أن يكون في وصيته بعد موته».

(٢) في «الكبرى» (٥١٦٢).
(٣) في «السُّنن» (٣٩٣٣).

(٤) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

(٥) كذا في (م)، وفي (أ): «بالمثلثة»، وفي (ب): «بالمثلية».

(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ١٦٠)، «المدونة» (٣/ ٢١٩)، «مواهب الجليل» (٨/ ٢٦٤)، «الدسوقي» (٤/ ٢٩٦).

(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ١٦٠).
(٨) «الاستذكار» (٢٣/ ١٦٠).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(١)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٢)]: لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ.

وَشَذَّ الْأَوْزَاعِيُّ، فَقَالَ: مَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِ غَيْرِهِ أَعْتَقَ عَلَيْهِ[(٣)].

وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّهُ يُضَمَّنُ مَا نَقَصَ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ.

فَمَالِكٌ وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ ـ اعْتَمَدَ حَدِيثَ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ: «أَنَّ زِنْبَاعًا وَجَدَ غُلَامًا لَهُ مَعَ جَارِيَةٍ، فَقَطَعَ ذَكَرَهُ وَجَدَعَ أَنْفَهُ، فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: **مَا حَمَلَكَ عَلَى مَا فَعَلْتَ؟** فَقَالَ: فَعَلَ كَذَا وَكَذَا، فَقَالَ عليه السلام: **اذْهَبْ فَأَنْتَ حُرٌّ**»[(٤)].

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الثَّانِي**:

قَوْلُهُ ﷺ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ: «**مَنْ لَطَمَ مَمْلُوكَهُ أَوْ ضَرَبَهُ** [م/٢٦٣و] **فَكَفَّارَتُهُ عِتْقُهُ**»[(٥)].

قَالُوا: فَلَمْ يَلْزَمِ الْعِتْقُ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا نُدِبَ إِلَيْهِ.

وَلَهُمْ مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى:

أَنَّ الْأَصْلَ فِي الشَّرْعِ هُوَ أَنَّهُ لَا يُكْرِهُ السَّيِّدَ عَلَى عِتْقِ [ب/٤١٤و] عَبْدِهِ إِلَّا مَا خَصَّصَهُ الدَّلِيلُ.

وَأَحَادِيثُ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ [أ/٤٦٧و] مُخْتَلَفٌ فِي صِحَّتِهَا، فَلَيْسَ تَبْلُغ مِنَ الْقُوَّةِ أَنْ يُخَصَّصَ بِهَا مِثْلُ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ.

---

(١) «روضة الطالبين» (١٢/ ٢٤٧). (٢) «رد المحتار» (٣/ ٣٢٥).

(٣) «المصنف»، لعبد الرزاق (٨/ ١٠٥)، «الاستذكار» (٢٣/ ١٦٠).
قال أبو عمر: «لا نعلم قاله غير الأوزاعي، والله أعلم».

(٤) أخرجه أبو داود (٤٥١٩)، وابن ماجه (٢٦٨٠)، وأحمد (٢/ ١٨٢)، عبد الرزاق في «المصنف» (١٧٩٣٢).
ومن طريقه: الطبراني في «الكبير» (٥٣٠١)، وابن سعد في «الطبقات» (٧/ ٥٠٦)، وابنُ عبد الحكم في «فتوح مصر» (ص١٣٧) من طريق عمرو بن شعيب به.
وقال الهيثمي في «المجمع» (٦/ ٢٨٨ ـ ٢٨٩): «رواه أحمد، ورجاله ثقات».

(٥) أخرجه مسلم (١٦٥١).

٢٥٤١ وَأَمَّا هَلْ يَعْتِقُ عَلَى الْإِنْسَانِ مِنَ القرابة أَحَدٌ، وَإِنْ عَتَقَ فَمَنْ يَعْتِقُ؟ فَإِنَّهُمُ اخْتَلَفُوا أَيْضًا فِي ذَلِكَ:

فَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى أَنَّهُ يَعْتِقُ عَلَى الرَّجُلِ بِالْقَرَابَةِ، إِلَّا دَاوُدَ[١] وَأَصْحَابُهُ، فَإِنَّهُمْ لَمْ يَرَوْا أَنْ يُعْتِقَ أَحَدٌ عَلَى أَحَدٍ مِنْ قِبَلِ قُرْبَى.

[٢٥٤١/أ] وَالَّذِينَ قَالُوا بِالْعِتْقِ:

اخْتَلَفُوا فِيمَنْ يُعْتَقُ مِمَّنْ لَا يُعْتَقُ، بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى أَنَّهُ يَعْتِقُ عَلَى الرَّجُلِ أَبُوهُ وَوَلَدُهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٢]: يَعْتِقُ عَلَى الرَّجُلِ **ثَلَاثَةٌ**:

أَحَدُهَا:

أُصُولُهُ ـ وَهُمُ الْآبَاءُ وَالْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ وَالْأُمَّهَاتُ، وَآبَاؤُهُمْ وَأُمَّهَاتُهُمْ، وَبِالْجُمْلَةِ كُلُّ مَنْ كَانَ لَهُ عَلَى الْإِنْسَانِ وِلَادَةٌ.

وَالثَّانِي:

فُرُوعُهُ ـ وَهُمْ: الْأَبْنَاءُ وَالْبَنَاتُ وَوَلَدُهُمْ مَا سَفُلُوا، وسَوَاءٌ (فِي[٣] ذَلِكَ وَلَدُ الْبَنِينَ وَوَلَدُ الْبَنَاتِ، وَبِالْجُمْلَةِ كُلُّ مَنْ لِلرَّجُلِ عَلَيْهِ وِلَادَةٌ[٤] بِتَوَسُّطٍ، ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى.

وَالثَّالِثُ:

الْفُرُوعُ الْمُشَارِكَةُ لَهُ)[٥] فِي أَصْلِهِ الْقَرِيبِ ـ وَهُمْ: الْإِخْوَةُ، وَسَوَاءٌ كَانُوا لِأَبٍ وَأُمٍّ، أَوْ لِأَبٍ فَقَطْ، أَوْ لِأُمٍّ فَقَطْ؛ وَاقْتَصَرَ مِنْ هَذَا الْعَمُودِ عَلَى الْقَرِيبِ فَقَطْ، فَلَمْ يُوجِبْ عِتْقَ إِخْوَةِ[٦] الْإِخْوَةِ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ١٦٢).
(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ١٦٢).
(٣) من هنا يبدأ خرم في (ب).
(٤) زاد في المطبوع: «بِغَيْرِ تَوَسُّطٍ أَوْ».
(٥) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (ب).
(٦) في المطبوع: «بني».

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ[1]، فَقَالَ مِثْلَ قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْعَمُودَيْنِ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلِ، وَخَالَفَهُ فِي الْإِخْوَةِ فَلَمْ يُوجِبْ عِتْقَهُمْ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ[2] فَأَوْجَبَ عِتْقَ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ بِالنَّسَبِ كَالْعَمِّ وَالْعَمَّةِ وَالْخَالِ وَالْخَالَةِ وبنت الْأَخِ، وَمَنْ أَشْبَهَهُمْ مِمَّنْ هُوَ مِنَ الْإِنْسَانِ ذُو مَحْرَمٍ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِ أَهْلِ الظَّاهِرِ مَعَ الْجُمْهُورِ: اخْتِلَافُهُمْ فِي مَفْهُومِ الْحَدِيثِ الثَّالِثِ، وَهُوَ قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَا يَجْزِي وَلَدٌ عَنْ وَالِدِهِ، إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ** [أ/٤٦٧ظ] **مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ**»، خَرَّجَهُ مُسْلِمٌ[3]، وَالتِّرْمِذِيُّ[4]، وَأَبُو دَاوُدَ[5].

فَقَالَ الْجُمْهُورُ: يُفْهَمُ مِنْ هَذَا أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَاهُ وَجَبَ عَلَيْهِ عِتْقُهُ، وَأَنَّهُ لَيْسَ يَجِبُ عَلَيْهِ شِرَاؤُهُ.

وَقَالَتِ الظَّاهِرِيَّةُ: الْمَفْهُومُ مِنَ الْحَدِيثِ أَنَّهُ لَيْسَ يَجِبُ عَلَيْهِ شِرَاؤُهُ وَلَا عِتْقُهُ إِذَا اشْتَرَاهُ، قَالُوا: لِأَنَّ إِضَافَةَ عِتْقِهِ إِلَيْهِ دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ مِلْكِهِ لَهُ، وَلَوْ كَانَ مَا قَالُوا صَوَابًا، لَكَانَ اللَّفْظُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ فَيَعْتِقَ عَلَيْهِ.

وَعُمْدَةُ **الْحَنَفِيَّةِ** [ب/٤١٤ظ]: مَا رَوَاهُ قَتَادَةُ، عَنِ الْحَسَنِ، عَنْ سَمُرَةَ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ فَهُوَ حُرٌّ**»[6].

---

(١) «الأم» (٩/ ٣٠٢)، «مختصر المزني» (ص٤٢٠)، «الحاوي الكبير» (١٨/ ٧٢)، «نهاية المطلب» (١٩/ ٢٤٤)، «مغني المحتاج» (٤/ ٥٠٠).

(٢) «المبسوط» (٧/ ٧٠)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٤٧)، «الهداية» (٢/ ٢٩٩)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٧٠).

(٣) (برقم: ١٥١٠).

(٤) (برقم: ١٩٠٦).

(٥) (برقم: ٥١٣٧).

(٦) أخرجهُ أبو داود (٣٩٤٩)، والنسائي في «الكبرى»، (٤٨٩٨)، (٤٨٩٩)، (٤٩٠٠) و(٤٩٠١)، (٤٩٠٢)، والترمذي (١٣٦٥)، وابن ماجه (٢٥٢٤)، وأحمد (٥/ ١٣)، وابن أبي شيبة (٦/ ٣١) ـ ومن طريقه: الطحاوي في «مشكل الآثار» (٥٤٠٢)، وفي «معاني الآثار» (٣/ ١٠٩) ـ، والطيالسي (٩١٠)، وابن الجارود (٩٧٣)، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٥٤٠٠)، (٥٤٠١) و(٥٤٠٣)، وفي «شرح معاني الآثار» =

= (٣/ ١٠٩)، والطبراني في «الكبير» (٦٨٥٢)، وفي «الأوسط» (١٤٦١)، والحاكم (٢/ ٢١٤)، والبيهقي (١٠/ ٢٨٩) من طرقٍ، عن حماد بن سلمة، عَنْ قَتَادَةَ، عَنِ الْحَسَنِ، عَنْ سَمُرَةَ مرفوعًا به.

قال القرطبيُّ: «وهذا الحديث ثابت بنقل العدل عن العدل، ولم يقدح فيه أحد من الأئمة بعلة توجب تركه، غير أن بعضهم قال: تفرد به ضمرة، وهذا لا يُلتفت إليه؛ لأن ضمرة عدل، ثقة، وانفراد الثقة بالحديث لا يضره على ما مهَّدناه في الأصول، فلا ينبغي أن يعدل عن هذا الحديث، بل: يجب العمل به لصحته سندًا، ولشهادة الكتاب له معنى، وذلك: أن الله ﷻ قد قال: ﴿وَٱعْبُدُواْ ٱللَّهَ وَلَا تُشْرِكُواْ بِهِۦ شَيْـًٔاۖ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾ [النساء: ٣٦]، وليس من الإحسان إلى الأبوين، ولا للقرابة استرقاقهم، فإن نفس الاسترقاق، وبقاء اليد على المسترق إذلال له وإهانة، ولذلك فسخنا على النصرانيّ شراءه للمسلم على رواية، ولم نُبق ملكه عليه في الأخرى، وإذا ثبت أن بقاء الملك إذلال، وإهانة؛ وجبت إزالته ورفعه عن الآباء والقرابة؛ لأنه نقيض الإحسان؛ الذي أمر الله به.

فإن قيل: فهذا يلزم في القرابات كلّهم وإن بَعُدوا؛ قلنا: هذا يلزم من مطلق القرآن، لكن النبيّ ﷺ قد خصَّ بعض القرابات بقوله: «**من ملك ذا رحم محرم**»، فوصفه بالمحرمية، فمن ليس كذلك لا تتضمنه الآية، ولا الحديث، والله أعلم».

قال: «ثم حيث قلنا بوجوب العتق، فهل بنفس الملك، أو يوقف ذلك على حكم الحاكم؟ قولان عندنا، والأول أولى؛ لظاهر الحديث، ولأنه قد جاء من حديث الحسن عن سمرة: «**من ملك ذا رحم محرم فهو حر**»، وهذا اللفظ يكاد أن يكون نصًّا في الفرض، ولأن بقاء الأب تحت يد الملك إلى أن ينظر الحاكم؛ فيه إذلال يناقض الإحسان المأمور به، فيجب وقوع العتق مقارنًا للملك، وإنما صار إلى إبقائه على الحكم في القول الثاني للاختلاف الذي في أصل المسألة.

قال بعض الأصحاب: فإذا حكم الحاكم بذلك وجب التنفيذ، وارتفع الخلاف.

وهذا ليس بشيء؛ لأنه يلزم منه إيقاف مقتضيات الأدلة على نظر الحكَّام وحكمهم، وهذا باطل بالإجماع، ولأنه ترك للدليل لما ليس بدليل، فإن حكم الحاكم ليس بدليل، بل الذي يستند إليه حكمه هو الدليل، فإن اقتضى دليله وجوب العتق بنفس الملك؛ فقد حصل المطلوب، وإن اقتضى دليله إيقاف العتق على الحكم؛ فإما إلى حكمه، وهو دَوْرٌ، وإمَّا إلى حكم غيره ويتسلسل».

«المفهم» (٤/ ٣٤٤ _ ٣٤٦).

وَكَأَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ.

وَقَاسَ مَالِكٌ الْإِخْوَةَ عَلَى الْأَبْنَاءِ وَالْآبَاءِ.

وَلَمْ يُلْحِقْهُمْ بِهِمُ **الشَّافِعِيُّ**، وَاعْتَمَدَ الْحَدِيثَ الْمُتَقَدِّمَ فَقَطْ، وَقَاسَ الْأَبْنَاءَ عَلَى الْآبَاءِ.

[٢٥٤١/ب] وَقَدْ رَامَتِ **الْمَالِكِيَّةُ** أَنْ تَحْتَجَّ لِمَذْهَبِهَا بِأَنَّ الْبُنُوَّةَ صِفَةٌ هِيَ ضِدُّ الْعُبُودِيَّةِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ تَجْتَمِعُ مَعَهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَا يَنۢبَغِى لِلرَّحۡمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ۝٩٢ إِن كُلُّ مَن فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ إِلَّآ ءَاتِى ٱلرَّحۡمَٰنِ عَبۡدًا ۝٩٣﴾ [مريم: ٩٢، ٩٣].

وَهَذِهِ الْعُبُودِيَّةُ غَيْرِ الْعُبُودِيَّةِ الَّتِي يَحْتَجُّونَ بِهَا، فَإِنَّ هَذِهِ عبودية مَعْقُولَةٌ وَبُنُوَّةٌ مَعْقُولَةٌ.

وَالْعُبُودِيَّةُ الَّتِي بَيْنَ الْمَخْلُوقِينَ (وَالْمَوْلَى وَالْمولَانِيَّةِ)(١): هِيَ عُبُودِيَّةٌ بِالشَّرْعِ لَا بِالطَّبْعِ - أَعْنِي: بِالْوَضْعِ - لَا مَجَالَ لِلْعَقْلِ (فِيهِمَا عَمَّا)(٢) يَقُولُونَ فِيهَا عِنْدَهُمْ.

فَهُوَ احْتِجَاجٌ ضَعِيفٌ.

وَإِنَّمَا أَرَادَ اللهُ تَعَالَى أَنَّ الْبُنُوَّةَ تُسَاوِي(٣) الْأُبُوَّةَ فِي جِنْسِ الْوُجُودِ أَوْ فِي نَوْعِهِ - أَعْنِي: أَنَّ الْمَوْجُودَيْنِ اللَّذَيْنِ أَحَدُهُمَا أَبٌ وَالْآخَرُ ابْنٌ هُمَا مُتَقَارِبَانِ جِدًّا، حَتَّى إِنَّهُمَا إِمَّا أَنْ يَكُونَا مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ أَوْ من جِنْسٍ وَاحِدٍ - وَمَا دُونَ اللهِ تَعَالَى مِنَ الْمَوْجُودَاتِ فَلَيْسَ يَجْتَمِعُ(٤) مَعَهُ سُبْحَانَهُ [أ/٤٦٨و] فِي جِنْسٍ قَرِيبٍ وَلَا بَعِيدٍ، بَلِ التَّفَاوُتُ بَيْنَهُمَا غَايَةُ التَّفَاوُتِ، فَلَمْ يَصِحَّ أَنْ يَكُونَ فِي الْمَوْجُودَاتِ الَّتِي هَاهُنَا شَيْءٌ نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ نِسْبَةُ الْأَبِ إِلَى الِابْنِ، بَلْ إِنَّ [م/٢٦٣ظ] نِسْبَةُ الْمَوْجُودَاتِ إِلَيْهِ نِسْبَةَ الْعَبْدِ إِلَى السَّيِّدِ أَقْرَبُ إِلَى حَقِيقَةِ الْأَمْرِ مِنْ نِسْبَةِ الِابْنِ إِلَى الْأَبِ؛ لِأَنَّ التَّبَاعُدَ الَّذِي بَيْنَ السَّيِّدِ وَالْعَبْدِ فِي الْمَرْتَبَةِ أَشَدُّ مِنَ التَّبَاعُدِ الَّذِي بَيْنَ الْأَبِ وَالِابْنِ.

---

(١) كذا في (م)، وفي (أ): «والبنوة»، وفي (ب): «والمولية».

(٢) في (م): «كما».

(٣) في (أ): «لا تساوي».

(٤) في (أ): «بمجتمع».

وَعَلَى الْحَقِيقَةِ:

فَلَا شُبْهَةَ[١] بَيْنَ النِّسْبَتَيْنِ، لَكِنْ لَمَّا لَمْ يَكُنْ فِي الْمَوْجُودَاتِ نِسْبَةٌ أَشَدُّ تَبَاعُدًا مِنْ هَذِهِ النِّسْبَةِ - أَعْنِي: تَبَاعُدَ طَرَفَيْهِمَا (فِي الشَّرَفِ وَالْخِسَّةِ)[٢] - ضُرِبَ الْمِثَالُ بِهَا - أَعْنِي: نِسْبَةَ الْعَبْدِ لِلسَّيِّدِ - وَمَنْ لَحَظَ الْمَحَبَّةَ الَّتِي بَيْنَ الْأَبِ وَالِابْنِ وَالرَّحْمَةَ وَالرَّأْفَةَ أَجَازَ أَنْ يَقُولَ فِي النَّاسِ إِنَّهُمْ أَبْنَاءُ اللهِ عَلَى ظَاهِرِ شَرِيعَةِ عِيسَى.

فَهَذِهِ جُمْلَةُ الْمَسَائِلِ الْمَشْهُورَةِ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالْعِتْقِ الَّذِي يَدْخُلُ عَلَى الْإِنْسَانِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ.

٢٥٤٢ وَقَدِ **اخْتَلَفُوا** مِنْ أَحْكَامِ الْعِتْقِ فِي مَسْأَلَةٍ مَشْهُورَةٍ تَتَعَلَّقُ بِالسَّمَاعِ، وَذَلِكَ: أَنَّ الْفُقَهَاءَ اخْتَلَفُوا فِيمَنْ أَعْتَقَ عَبِيدًا لَهُ فِي مَرَضِهِ [ب/٤١٥و] (أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ.

فَقَالَ مَالِكٌ[٣] وَالشَّافِعِيُّ[٤] وَأَصْحَابُهُمَا وَأَحْمَدُ وَجَمَاعَةٌ: إِذَا أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ)[٥] وَلَا مَالَ لَهُ سِوَاهُمْ قُسِّمُوا ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ وَعُتِقَ مِنْهُمْ جُزْءٌ بِالْقُرْعَةِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْوَصِيَّةِ بِعِتْقِهِمْ.

وَخَالَفَ أَشْهَبُ وَأَصْبَغُ[٦] مَالِكًا فِي الْعِتْقِ الْمُبَتَّلِ فِي الْمَرَضِ، فَقَالُوا: إِنَّمَا الْقُرْعَةُ فِي الْوَصِيَّةِ، وَأَمَّا حُكْمُ الْعِتْقِ الْمُبَتَّلِ فَهُوَ كَحُكْمِ الْمُدَبَّرِ.

[٢٥٤٢/ب] وَلَا خِلَافَ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ[٧] أَنَّ الْمُدَبَّرِينَ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ إِذَا ضَاقَ عَنْهُمُ الثُّلُثُ أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُهُ[٨] بِقَدْرِ حَظِّهِ مِنَ الثُّلُثِ.

---

(١) في (م): «نسبة». (٢) مكانها بياض في (م).
(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ١٤١).
(٤) «روضة الطالبين» (١٢/ ١٣٦)، «الحاوي الكبير» (١٨/ ٥٦)، «المهذب» (١/ ٥٩١).
(٥) ما بين القوسين ليس في (ب).
(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ١٤١)، «الدسوقي» (٦/ ٥١٥).
(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ١٤٢). (٨) ليست في (م).

(وَقَالَ: أَبُو حَنِيفَةَ[(١)] وَأَصْحَابُهُ فِي الْعِتْقِ الْمُبَتَّلِ: إِذَا ضَاقَ عَنْهُ الثُّلُثُ يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُ ثُلُثُهُ)[(٢)].

وَقَالَ الْغَيْرُ: بَلْ يُعْتَقُ مِنَ الْجَمِيعِ ثُلُثُهُ[(٣)].

فَقَوْمٌ مِنْ هَؤُلَاءِ اعْتَبَرُوا فِي ثُلُثِ الْجَمِيعِ الْقِيمَةَ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ. وَقَوْمٌ اعْتَبَرُوا [أ/٤٦٨ظ] الْعَدَدَ[(٤)].

فَعِنْدَ مَالِكٍ[(٥)] إِذَا كَانُوا سِتَّةَ أَعْبُدٍ مَثَلًا عُتِقَ مِنْهُمُ الثُّلُثُ بِالْقِيمَةِ، كَانَ الْحَاصِلُ فِي ذَلِكَ اثْنَانِ مِنْهُمْ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ، وَذَلِكَ أَيْضًا بِالْقُرْعَةِ بَعْدَ أَنْ يُجْبَرُوا عَلَى الْقِسْمَةِ أَثْلَاثًا.

وَقَالَ قَوْمٌ: بَلِ الْمُعْتَبَرُ الْعَدَدُ، فَإِنْ كَانُوا سِتَّةً عُتِقَ مِنْهُمُ اثْنَانِ وَإِنْ كَانُوا مَثَلًا سَبْعَةً عُتِقَ مِنْهُمُ اثْنَانِ وَثُلُثٌ.

فَعُمْدَةُ أَهْلِ الْحِجَازِ:

مَا رَوَاهُ أَهْلُ الْبَصْرَةِ، عَنْ عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ: «أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ عِنْدَ مَوْتِهِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ، فَدَعَا رَسُول اللهِ ﷺ فَجَزَّأَهُمْ أَثْلَاثًا، ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ: فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً».

خَرَّجَهُ الْبُخَارِيُّ[(٦)] وَمُسْلِمٌ مُسْنَدًا[(٧)]، وَأَرْسَلَهُ مَالِكٌ[(٨)].

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ:

مَا جَرَتْ بِهِ عَادَتُهُمْ مِنْ رَدِّ الْآثَارِ الَّتِي تَأْتِي (بِطُرُقِ[(٩)] الْآحَادِ إِذَا خَالَفَتْهَا الْأُصُولُ الثَّابِتَةُ بِالتَّوَاتُرِ.

---

(١) «شرح فتح القدير» (١٠/ ٤٦٣).
(٢) ما بين القوسين من (م).
(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ١٤٢).
(٤) في (م): «العدّ».
(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ١٤٣).
(٦) لم يروه البخاري في صحيحه. ينظر: «الجمع بين الصحيحين»: للحميدي (١/ ٣٥٥).
(٧) مسلم: (١٦٦٨).
(٨) «موطأ مالك» (٢/ ٧٧٤).
(٩) من هنا يبدأ خرم في (ب).

وعندهم[(١)]:

أَنَّهُ قَدْ أَوْجَبَ السَّيِّدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ الْعِتْقَ تَامًّا، فَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ)[(٢)] لَنَفَذَ بِإِجْمَاعٍ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ وَجَبَ أَنْ يَنْفُذَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ الثُّلُثِ الْجَائِزِ فِعْلُ السَّيِّدِ فِيهِ، وَهَذَا الْأَصْلُ لَيْسَ بَيِّنًا مِنْ قَوَاعِدِ (الشَّرْعِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ)[(٣)].

وَذَلِكَ: أَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ لَهُ: إِنَّهُ إِذَا أُعْتِقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ الثُّلُثُ دَخَلَ الضَّرَرُ عَلَى الْوَرَثَةِ وَالْعَبِيدِ الْمُعْتَقِينَ[(٤)]، وَقَدْ أَلْزَمَ الشَّرْعُ[(٥)] مُبَعِّضَ الْعِتْقِ أَنْ يُتِمَّ عَلَيْهِ، فَلَمَّا لَمْ يُمْكِنْ هَاهُنَا أَنْ يُتَمَّمَ عَلَيْهِ جَمْعٌ[(٦)] فِي أَشْخَاصٍ بِأَعْيَانِهِمْ، لَكِنْ مَتَى اعْتُبِرَتِ الْقِيمَةُ فِي ذَلِكَ دُونَ الْعَدَدِ أَفْضَتْ إِلَى هَذَا الْأَصْلِ.

وَهُوَ (تَبْعِيضُ الْعِتْقِ، فَلِذَلِكَ الْأَوْلَى أَنْ يُعْتَبَرَ الْعَدَدُ وَهُوَ)[(٧)] ظَاهِرُ الْحَدِيثِ، وَكَانَ الْجُزْءُ الْمُعْتَقُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ هُوَ حَقٌّ لِلَّهِ، فَوَجَبَ أَنْ يُجْمَعَ فِي أَشْخَاصٍ بِأَعْيَانِهِمْ أَصْلُهُ حَقُّ النَّاسِ.

٢٥٤٣ (**وَاخْتَلَفُوا** فِي مَالِ الْعَبْدِ إِذَا أُعْتِقَ لِمَنْ يَكُونُ، فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: الْمَالُ لِلسَّيِّدِ)[(٨)]، وَقَالَتْ [ب/ ٤١٥ظ] طَائِفَةٌ: مَالُهُ تَبَعٌ لَهُ[(٩)].

وَبِالْأَوَّلِ قَالَ [أ/ ٤٦٩و] ابْنُ مَسْعُودٍ[(١٠)] مِنَ الصَّحَابَةِ.

وَمِنَ الْفُقَهَاءِ أَبُو حَنِيفَةَ[(١١)]، وَالثَّوْرِيُّ[(١٢)]، وَأَحْمَدُ[(١٣)]، وَإِسْحَاقُ[(١٤)].

---

(١) في (أ): «وعمدتهم».
(٢) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (ب).
(٣) مكانها بياض في (م).
(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «والمعتقين».
(٥) في (م): «الشارع».
(٦) من (م).
(٧) ما بين القوسين من (م).
(٨) ما بين القوسين من (م).
(٩) «الاستذكار» (١٩/ ٣٦).
(١٠) «الاستذكار» (١٩/ ٣٦).
(١١) «فتح القدير» (١٠/ ٤٦٣).
(١٢) «الاستذكار» (١٩/ ٣٦).
(١٣) «المبدع في شرح المقنع» (٦/ ٢٨).
(١٤) «الاستذكار» (١٩/ ٣٦).

وَبِالثَّانِي قَالَ: ابْنُ عُمَرَ[١]، وَعَائِشَةُ[٢]، وَالْحَسَنُ[٣]، [م/٢٦٤و] وَعَطَاءٌ[٤]، وَمَالِكٌ[٥] (وَأَهْلُ الحِجَازِ)[٦] وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ[٧].

وَالْحُجَّةُ لَهُمْ:

حَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: **«مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا، فَمَالُهُ لَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ السَّيِّدُ مَالَهُ»**[٨].

---

(١) «الاستذكار» (١٩/ ٣٦).
(٢) «الاستذكار» (١٩/ ٣٦).
(٣) «الاستذكار» (١٩/ ٣٦).
(٤) «الاستذكار» (١٩/ ٣٦).
(٥) «الاستذكار» (١٩/ ٣٦).
(٦) ليست في (م).
(٧) «الاستذكار» (١٩/ ٣٦).
(٨) أخرجه أبو داود (٣٩٦٢)، والنسائي في «الكبرى» (٣/ ١٨٨، رقم: ٤٩٨١)، وابن ماجه (٢٥٢٩)، والدارقطني (٤/ ١٣٣ ـ ١٣٤)، والبيهقي (٥/ ٣٢٥) ـ ومن طريقه: ابن حجر في «موافقة الخبر الخبر» (٢/ ٣٩٣) ـ من طريق ابن وهب، عن ابن لهيعة.
زاد ابن ماجه، والبيهقي: سعيد بن أبي مريم، وزاد البيهقي: عبد الله بن صالح ثلاثتهم عن الليث بن سعد.
كلاهما (ابن لهيعة، والليث بن سعد) عن عبيد الله بن أبي جعفر عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: **«من أعتق عبدًا وله مال فمال العبد له إلا أن يشترطه السيد»**.
قال ابن حجر: «هذا حديث صحيح الإسناد، أخرجه البيهقي هكذا، ورجاله رجال الصحيح، لكن أشار البيهقي إلى أنّ المتن شاذ لمخالفة ابن أبي جعفر غيره عن نافع، فإنهم رووه بلفظ البيع، لا العتق، وتعقب باحتمال أن يكونا حديثين، والعلم عند الله تعالى».
وقد تابع بكيرَ بنَ الأشج على هذه الرواية عبيدُ الله بنُ أبي جعفر:
ـ أخرجه النسائي في «الكبرى» (٣/ ١٨٨، رقم٤٩٨٠) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، عن أشهب، قال أخبرنيه الليث، عن عبيد الله بن أبي جعفر، عن نافع، عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: **«من أعتق عبدًا وله مال فمال العبد له إلا أن يشترط السيد فيكون له»**.
ورواه سليمان بن موسى عن نافع عن ابن عمر به:
أخرج روايته النسائي في «الكبرى» (٣/ ١٨٩، رقم: ٤٩٨٣)، وأحمد (٣/ ٣٠٩)، وابن حبان ـ كما في «الإحسان» (١١/ ٢٩٣، رقم: ٤٩٢٤)، والبيهقي (٥/ ٣٢٥ ـ ٣٢٦). =

= وتابعه:
١ ـ عبد ربه بن سعيد: أخرج روايته النسائي في «الكبرى» (٤٩٨٢)، وابن ماجه (٢٢١٢)، والبيهقي (٥/ ٣٢٥).
٢ ـ عبيد الله بن عمر: أخرج روايته: الخطيب البغدادي في «الفصل للوصل» (١/ ٢٢٦ ـ ٢٢٧).
٣ ـ يحيى بن سعيد الأنصاري: أخرج روايته البيهقي (٥/ ٣٢٥).
وذكر الدارقطني في «العلل» أنّ محمد بن إسحاق، ومحمد بن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى، وأشعث بن سوار، ومحمد بن عبيد الله العرزمي، وحميد الأعرج، ويزيد بن سنان رووه عن نافع كذلك.
ورواه أيوب السختياني: عن نافع، عن ابن عمر، عن عمر قال: «**مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ**».
أخرج روايته: عبد الرزاق (٨/ ١٣٥، رقم: ١٤٦٢٢)، والبيهقي (٥/ ٢٩٨)، والخطيب البغدادي في «الفصل» (١/ ٢٣٢).
وتابعه:
١ ـ عبد الله بن عمر:
أخرج روايته: عبد الرزاق (٨/ ١٣٦، رقم: ١٤٦٢٢).
٢ ـ عبيد الله بن عمر:
أخرج روايته: النسائي في «الكبرى» (٣/ ١٨٩رقم٤٩٨٦)، والخطيب البغدادي في «الفصل» (١/ ٢٣٢، ٢٣٤ ـ ٢٣٧) من طريق يحيى القطان، زاد الخطيب: بشر بن المفضل، ومحمد بن بشر، ومحمد بن عبيد.
وأخرجه ابن أبي شيبة (٧/ ١١٢) عن عبدة بن سليمان، كلهم عن عبيد الله.
وذكر الدارقطني في «العلل» (٢/ ٥٢) أنّ حماد بن سلمة، وهشيم، وابن نمير رووه عن عبيد الله كذلك.
٣ ـ الليث بن سعد:
أخرج روايته: النسائي في الكبرى» (٣/ ١٨٩رقم٤٩٨٥).
٤ ـ ومالك بن أنس:
أخرج روايته: البخاريُّ (٢٣٧٩).
وقال ابن أبي حاتم في «علل الحديث» (١١٨٣): وسأَلْتُ أَبِي عَنْ حَدِيثٍ رَوَاهُ ابْنُ لَهِيعَةَ، عَنْ بُكَيْرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ الأَشَجِّ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، عنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: =

وَأَمَّا أَلْفَاظُ الْعِتْقِ:

فَإِنَّ مِنْهَا صَرِيحًا.

وَمِنْهَا كِنَايَةً، عِنْدَ أَكْثَرِ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ[١].

أَمَّا الْأَلْفَاظُ الصَّرِيحَةُ:

فَهُوَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَنْتَ عَتِيقٌ، وَمَا تَصَرَّفَ مِنْ هَذِهِ، فَهَذِهِ الْأَلْفَاظُ تُلْزِمُ السَّيِّدَ بِإِجْمَاعٍ مِنَ الْعُلَمَاءِ.

وَأَمَّا الْكِنَايَةُ:

فَهِيَ مِثْلُ قَوْلِ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ: لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ، أَوْ لَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ، فَهَذِهِ يَنْوِي فِيهَا سَيِّدُ الْعَبْدِ، هَلْ أَرَادَ بِها[٢] الْعِتْقَ أَمْ لَا عِنْدَ الْجُمْهُورِ[٣]؟

٢٥٤٤ وَمِمَّا **اخْتَلَفُوا** فِيهِ فِي هَذَا الْبَابِ إِذَا قَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: يَا بُنَيَّ، أَوْ (لِعَبْدَتِهِ: يَا بُنَيَّتِي)[٤]، (أَوْ قَالَ: يَا أَبِي، أَوْ يَا أُمِّي)[٥]:

فَقَالَ قَوْمٌ ـ وَهُمُ الْجُمْهُورُ: لَا عِتْقَ يَلْزَمُهُ[٦].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٧]: يُعْتَقُ عَلَيْهِ.

= **«مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لَهُ إِلَّا أَنْ يشترط المعتق»**.

قال أبي: هذا خطأ إنّما هو: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ».

وإنّما رواه عُبَيْدُ اللهِ بْنُ أَبِي جَعْفَرٍ، عَنْ بُكَيْرٍ، ولا أعلم ابْن لَهِيعَةَ سمع من بُكَيْرٍ، وليسَ هذا الحديث عِنْدَ لَيْثٍ أيضًا، إنما رواهُ عُبَيْدُ اللهِ بْنُ أَبِي جَعْفَرٍ، عَنْ بُكَيْرٍ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، عنِ النَّبِيِّ ﷺ: **«مَنْ بَاعَ عَبْدًا...»**.

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٧). (٢) في (م): «به».

(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٧).

(٤) كذا في (م)، وفي (أ): «لأمته: يا ابنتي، أو قال: يا بنتي»، وفي (ب): «ولأمته: يا بنتي، وقال: يا بنيتي».

(٥) في (م): «تبدو».

(٦) «الذخيرة» (١١/ ١٠١)، «إعانة الطالبين» (٤/ ٣٤٨)، «الإنصاف» (٧/ ٣٤٤).

(٧) «فتح القدير» (٣/ ٢٦٤).

وَشَذَّ(١) فَقَالَ: لَوْ قَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: هَذَا ابْنِي، عُتِقَ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ لَهُ عِشْرُونَ سَنَةً وَلِلسَّيِّدِ ثَلَاثُونَ سَنَةً.

٢٥٤٥ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِيمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: مَا أَنْتَ إِلَّا حُرٌّ:

فَقَالَ قَوْمٌ: هُوَ ثَنَاءٌ عَلَيْهِ وَهُمُ الْأَكْثَرُ.

وَقَالَ قَوْمٌ: هُوَ حُرٌّ، وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ(٢).

٢٥٤٦ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

مَنْ نَادَى عَبْدًا مِنْ عَبِيدِهِ بِاسْمِهِ، فَاسْتَجَابَ لَهُ عَبْدٌ آخَرُ، فَقَالَ لَهُ: أَنْتَ حُرٌّ، وَقَالَ: إِنَّمَا أَرَدْتُ الْأَوَّلَ:

فَقِيلَ: يُعْتَقَانِ عَلَيْهِ جَمِيعًا.

وَقِيلَ: يَنْوِي.

٢٥٤٧ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ مَنْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِ أَمَتِهِ، فَهُوَ حُرٌّ دُونَ الْأُمِّ.

٢٥٤٨ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَنْ أَعْتَقَ أَمَةً وَاسْتَثْنَى مَا فِي بَطْنِهَا:

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لَهُ اسْتِثْنَاؤُهُ.

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: هُمَا حُرَّانِ.

٢٥٤٩ **وَاخْتَلَفُوا** فِي سُقُوطِ الْعِتْقِ بِالْمَشِيئَةِ:

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لَا اسْتِثْنَاءَ فِيهِ كَالطَّلَاقِ.

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ(٣).

= قال ابن المنذر في «الإشراف» (٨/ ١٢٩): «قال أبو بكر: وقول النعمان هذا شاذٌّ لا نعلم أحدًا سبقه إليه ولا تابعه عليه، لأنه محال من الكلام وكذب. ولو جاز ما قال لجاز لرجل بيده طفل صغير أن يقول: هذا أبتي، وهذا غير جائز ولا مقبول من قائله».

(١) زاد في المطبوع: «زفر».

(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ١٦٥).

(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٧).

وَقَالَ قَوْمٌ: يُؤَثِّرُ فِيهِ الِاسْتِثْنَاءُ كَقَوْلِهِمْ فِي الطَّلَاقِ[(١)] ـ أَعْنِي: [أ/٤٦٩ظ] قَوْلَ الْقَائِلِ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ إِنْ شَاءَ اللهُ ـ.

٢٥٥٠ وَكَذَلِكَ **اخْتَلَفُوا** فِي وُقُوعِ الْعِتْقِ[(٢)] بِشَرْطِ الْمِلْكِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٣)]: يَقَعُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٤)] وَغَيْرُهُ: لَا يَقَعُ.

وَحُجَّتُهُمْ:

قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ** [ب/٤١٦و] **ابْنُ آدَمَ**»[(٥)].

(وَحُجَّةُ الشَّافِعِيِّ)[(٦)]:

تَشْبِيهُهُمْ إِيَّاهُ بِالْيَمِينِ.

وَأَلْفَاظُ هَذَا الْبَابِ شَبِيهَةٌ بِأَلْفَاظِ الطَّلَاقِ، وَشُرُوطُهُ كَشُرُوطِهِ، وَكَذَلِكَ الْأَيْمَانُ فِيهِ شبيهة بِأَيْمَانِ الطَّلَاقِ.

وَأَمَّا أَحْكَامُهُ فَكَثِيرَةٌ:

٢٥٥١ **فمِنْهَا**:

أَنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى أَنَّ الْأَبْنَاءَ تَابِعُونَ فِي الْعِتْقِ وَالْعُبُودِيَّةِ لِلْأُمِّ[(٧)].

وَشَذَّ قَوْمٌ فَقَالُوا: إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَبُ عَرَبِيًّا[(٨)].

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٧).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الطلاق».

(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٧).

(٤) «روضة الطالبين» (١٢/ ٦٣).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «والحجة الثانية».

(٧) «فتح القدير» (٣/ ٣٦٧)، «البحر الرائق» (٤/ ٣٩٢)، «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٧)، «الخرشي» (٤/ ٧٥)، «مغني المحتاج» (٦/ ٥١٧)، «شرح منتهى الإرادات» (٥/ ٥٨٦).

(٨) وهو قول ابن المسيب «الأم» (٥/ ٤٦٧).

=

٢٥٥٢ **وَمِنْهَا:**

اخْتِلَافُهُمْ فِي الْعِتْقِ إِلَى أَجَلٍ:

فَقَالَ قَوْمٌ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَطَأَهَا إِنْ كَانَتْ جَارِيَةً وَلَا يَبِيعَ وَلَا يَهَبَ.

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ(١).

وَقَالَ قَوْمٌ: لَهُ جَمِيعُ ذَلِكَ، وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ(٢)، وَالشَّافِعِيُّ(٣).

٢٥٥٣ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى جَوَازِ اشْتِرَاطِ الْخِدْمَةِ عَلَى الْمُعْتَقِ مُدَّةً مَعْلُومَةً بَعْدَ الْعِتْقِ (وَقَبْلَ الْعِتْقِ(٤))(٥).

٢٥٥٤ **وَاخْتَلَفُوا** فِيمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ بِعْتُكَ فَأَنْتَ حُرٌّ:

فَقَالَ قَوْمٌ: لَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْعِتْقُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَهُ لَمْ يَمْلِكْ عِتْقَهُ(٦).

وَقَالَ قَوْمٌ: يُعْتَقُ عَلَيْهِ ـ أَعْنِي: مِنْ مَالِ الْبَائِعِ إِذَا بَاعَهُ ـ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ(٧) وَالشَّافِعِيُّ(٨).

= قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا قُوتِلَ أَهْلُ الْحَرْبِ مِنَ الْعَجَمِ جَرَى السِّبَاءُ عَلَى ذَرَارِيِّهِمْ وَنِسَائِهِمْ وَرِجَالِهِمْ لَا اخْتِلَافَ فِي ذَلِكَ، وَإِذَا قُوتِلُوا وَهُمْ مِنَ الْعَرَبِ فَقَدْ سَبَى رَسُولُ اللهِ ﷺ بَنِي الْمُصْطَلِقِ وَهَوَازِنَ وَقَبَائِلَ مِنَ الْعَرَبِ وَأَجْرَى عَلَيْهِمُ الرِّقَّ حَتَّى مَنَّ عَلَيْهِمْ بَعْدُ فَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ بِالْمَغَازِي فَزَعَمَ بَعْضُهُمْ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أَطْلَقَ بَنِي هَوَازِنَ قَالَ: لَوْ كَانَ تَامًّا عَلَى أَحَدٍ مِنَ الْعَرَبِ سُبِيَ تَمَّ عَلَى هَؤُلَاءِ وَلَكِنَّهُ إِسَارٌ وَفِدَاءٌ، فَمَنْ أَثْبَتَ هَذَا الْحَدِيثَ عَمَّ أَنَّ الرِّقَّ لَا يَجْرِي عَلَى عَرَبِيٍّ بِحَالٍ، وَهَذَا قَوْلُ الزُّهْرِيِّ وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ وَالشَّعْبِيِّ، وَيُرْوَى عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ».

قال أبو عمر في «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٧): «أجمع علماء المسلمين، بأن ولد الحر، من سُرِّيته، تبع له، لا لأمه، وأنه حر مثله، وأجمعوا أن ولد العبد، من سريته عند من أجاز له التسري بإذن سيده، وعند من لم يجزه عبد تبع لأبيه، وملك للسيد، كأبيه وأمه».

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٨).

(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٨).

(٣) «روضة الطالبين» (١٢/ ٦٦).

(٤) حكى الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٧).

(٥) من (م).

(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٩).

(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٩).

(٨) «الحاوي الكبير» (١٨/ ٣٣٨).

وَبِالْأَوَّلِ: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١] وَأَصْحَابُهُ، وَالثَّوْرِيُّ[٢].

وَفُرُوعُ هَذَا الْبَابِ كَثِيرَةٌ، وَفِي هَذَا كِفَايَةٌ.

(كمل كتاب العتق، بحَمدِ الله)[٣].

---

(١) «البحر الرائق» (٤/ ٣٩٢).

(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٩).

(٣) في (م): «تَمَّ، وَالْحَمْدُ للهِ حَقَّ حَمْدِهِ»، وزاد في (أ) على المثبت: «وحين عونه».

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيْمًا

[أ/ ٤٧٠و]

كِتَابُ الْكِتَابَةِ(١)

وَالنَّظَرُ الْكُلِّيُّ فِي الْكِتَابَةِ يَنْحَصِرُ فِي:

أَرْكَانِهَا، وَشُرُوطِهَا، وَأَحْكَامِهَا.

أَمَّا الْأَرْكَانُ:

فَثَلَاثَةٌ:

الْعَقْدُ وَشُرُوطُهُ وَصِفَتُهُ، وَالْعَاقِدُ، وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهِ وَصِفَاتُهُمَا، (وَالنَّظَرُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ الْأَرْكَانِ فِيمَا هُوَ وَفِي شُرُوطِهِ وَأَحْكَامِهِ)(٢).

وَنَحْنُ نَذْكُرُ الْمَسَائِلَ الْمَشْهُورَةَ لِأَهْلِ(٣) الْأَمْصَارِ فِي جِنْسٍ جِنْسٍ مِنْ [م/ ٢٦٤ظ] هَذِهِ الْأَجْنَاسِ.

الْقَوْلُ فِي مَسَائِلِ الْعَقْدِ:

فَمِنْ مَسَائِلِ هَذَا الْجِنْسِ الْمَشْهُورَةِ:

---

(١) الكتابة: الأجل، وهو مصدر كتب كتابة وكتبًا ومكاتبة، ومنه قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٣]، أي: التزمتم الصيام كما التزمه الذين من قبلكم، و﴿كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَىٰ نَفْسِهِ ٱلرَّحْمَةَ﴾ [الأنعام: ٥٤]، والعبد ألزم نفسه المال. وقيل: مِن الضم، ومنه سمِّي الجيش كتيبة، لضم بعضه لبعض. **وشرعًا**: عقد يجري بين المولى وعبده على العتق بطريق المعاوضة «الذخيرة»: (١١/ ٢٤٧)، «المبسوط»: (٨/ ٢).

(٢) ما بين القوسين من (م).

(٣) في (م): «لفقهاء».

٢٥٥٥ **اخْتِلَافُهُمْ** فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ:

هَلْ هُوَ وَاجِبٌ أَوْ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ؟

فَقَالَ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ: إِنَّهُ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ[١].

وَقَالَ أَهْلُ الظَّاهِرِ: هُوَ وَاجِبٌ[٢]، [ب/٤١٦ظ] وَاحْتَجُّوا بِظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، وَالْأَمْرُ عَلَى الْوُجُوبِ.

وَأَمَّا الْجُمْهُورُ: فَإِنَّهُمْ لَمَّا رَأَوْا أَنَّ الْأَصْلَ هُوَ أَنْ لَا يُجْبَرَ أَحَدٌ عَلَى عِتْقِ غلامه حَمَلُوا هَذِهِ الْآيَةَ عَلَى النَّدْبِ، لِئَلَّا تَكُونُ مُعَارِضَةً لِهَذَا الْأَصْلِ.

وَأَيْضًا، فَإِنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ أَنْ يُحْكَمَ لَهُ عَلَى سَيِّدِهِ بِالْبَيْعِ لَهُ - وَهُوَ خُرُوجُ بيع رَقَبَتِهِ عَنْ مِلْكِهِ بِعِوَضٍ - فَأَحْرَى أَنْ (لَا يُحْكَمَ)[٣] عَلَيْهِ بِخُرُوجِهِ عَنْ غَيْرِ[٤] عِوَضٍ هُوَ مَالِكُهُ، وَذَلِكَ أَنَّ كَسْبَ الْعَبْدِ هُوَ لِلسَّيِّدِ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هِيَ أَقْرَبُ أَنْ تَكُونَ مِنْ أَحْكَامِ الْعَقْدِ مِنْ أَنْ تَكُونَ مِنْ أَرْكَانِهِ.

وَهَذَا الْعَقْدُ بِالْجُمْلَةِ هُوَ: أَنْ يَشْتَرِيَ الْعَبْدُ نَفْسَهُ وَمَالَهُ مِنْ سَيِّدِهِ بِمَالٍ يَكْتَسِبُهُ الْعَبْدُ.

فَأَرْكَانُ هَذَا الْعَقْدِ هِيَ:

الثَّمَنُ وَالْمَثْمُونُ، وَالْأَجَلُ، وَالْأَلْفَاظُ الدَّالَّةُ عَلَى هَذَا الْعَقْدِ.

فَأَمَّا الثَّمَنُ:

٢٥٥٦ فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ إِذَا كَانَ مَعْلُومًا بِالْعِلْمِ الَّذِي يُشْتَرَطُ فِي الْبُيُوعِ[٥].

٢٥٥٧ **وَاخْتَلَفُوا** إِذَا كَانَ فِي لَفْظِهِ إِبْهَامٌ مَا:

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٥١). (٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٥١).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يحكم».

(٤) من (م).

(٥) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٢٣).

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١) وَمَالِكٌ(٢): يَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ عَلَى عَبْدٍ أَوْ جَارِيَةٍ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِفَهُمَا وَيَكُونُ لَهُ الْوَسَطُ مِنَ الْعَبِيدِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣): لَا يَجُوزُ حَتَّى يَصِفَهُ.

فَمَنِ اعْتَبَرَ فِي هَذَا طَلَبَ [أ/ ٤٧٠ظ] الْمُعَايَنَةِ: شَبَّهَهُ بِالْبُيُوعِ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ مَقْصُودُهُ الْمُكَارَمَةُ وَعَدَمُ التَّشَاحِّ: جَوَّزَ فِيهِ الْغَرَرَ الْيَسِيرَ، كَحَالِ اخْتِلَافِهِمْ فِي الصَّدَاقِ.

وَمَالِكٌ(٤) يُجِيزُ بَيْنَ الْعَبْدِ وَسَيِّدِهِ مِنْ جِنْسِ الرِّبَا مَا لَا يُجَوِّزُ بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّ وَالْأَجْنَبِيِّ مِثْل بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَفَسْخِ الدَّيْنِ فِي الدَّيْنِ، وَضَعْ وَتَعَجَّلْ.

وَمَنَعَ ذَلِكَ: الشَّافِعِيُّ(٥) وَأَحْمَدُ(٦) وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ(٧) الْقَوْلَانِ جَمِيعًا.

وَعُمْدَةُ مَنْ أَجَازَهُ: أَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَ السَّيِّدِ وَعَبْدِهِ رِبًا؛ لِأَنَّهُ وَمَالَهُ لَهُ، وَإِنَّمَا الْكِتَابَةُ سُنَّةٌ عَلَى حِدَتِهَا.

وَأَمَّا الْأَجَلُ:

٢٥٥٨ **فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ مُؤَجَّلَةً(٨).

٢٥٥٩ **وَاخْتَلَفُوا** فِي هَلْ تَجُوزُ حَالَّةً.

وَذَلِكَ أَيْضًا، بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى أَنَّهَا تَجُوزُ حَالَّةً عَلَى مَالٍ مَوْجُودٍ عِنْدَ الْعَبْدِ، وَهِيَ الَّتِي يُسَمُّونَهَا قِطَاعَةً لَا كِتَابَةً.

وَأَمَّا الْكِتَابَةُ:

---

(١) «رد المختار» (٥/ ٢٣٩). (٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٥١).
(٣) «الحاوي» (١٨/ ١٥٢). (٤) «الذخيرة» (٧/ ٢١٥).
(٥) «الحاوي الكبير» (١٨/ ١٥٠)، «مغني المحتاج» (٤/ ٥٢٨).
(٦) «كشاف القناع» (٣/ ٥٣٧)، «الروض المربع» (٢/ ٢١٣).
(٧) «الاختيار» (٢/ ٢٢٠).
(٨) حكى الإجماع: ابن قدامة في «المغني» (١٢/ ٢١)، والقرطبي في «الجامع لأحكام القرآن» (٥/ ٣٢١).

فَهِيَ [ب/٤١٧و] الَّتِي يَشْتَرِي الْعَبْدُ فِيهَا مَالَهُ وَنَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ بِمَالٍ يَكْتَسِبُهُ.

فَمَوْضِعُ الْخِلَافِ:

إِنَّمَا هُوَ هَلْ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ بِمَالٍ حَالٍّ لَيْسَ هُوَ بِيَدِهِ؟

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(١)]: هَذَا الْكَلَامُ لَغْوٌ، وَلَيْسَ يَلْزَمُ السَّيِّدَ مِنْهُ شَيْءٌ.

وَقَالَ مُتَأَخِّرُو أَصْحَابِ مَالِكٍ[(٢)]: قَدْ لَزِمَتِ الْكِتَابَةُ لِلسَّيِّدِ وَيَرْفَعُهُ الْعَبْدُ إِلَى الْحَاكِمِ فَيُنَجِّمُ[(٣)] عَلَيْهِ الْمَالَ بِحَسَبِ حَالِ الْعَبْدِ.

وَعُمْدَةُ الْمَالِكِيَّةِ:

أَنَّ السَّيِّدَ قَدْ أَوْجَبَ لِعَبْدِهِ الْكِتَابَةَ، إِلَّا أَنَّهُ اشْتَرَطَ فِيهَا شَرْطًا يَتَعَذَّرُ غَالِبًا، فَصَحَّ الْعَقْدُ وَبَطَلَ الشَّرْطُ.

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيَّةِ:

أَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ يَعُودُ بِبُطْلَانِ أَصْلِ الْعَقْدِ كَمَنْ بَاعَ جارية وَاشْتَرَطَ أَنْ لَا يَطَأَهَا.

وَذَلِكَ:

أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ أَدَّى إِلَى عَجْزِهِ، وَذَلِكَ ضِدُّ مَقْصُودِ الْكِتَابَةِ.

وَحَاصِلُ قَوْلِ الْمَالِكِيَّةِ:

يَرْجِعُ إِلَى أَنَّ الْكِتَابَةَ مِنْ أَرْكَانِهَا أَنْ تَكُونَ مُنَجَّمَةً، وَأَنَّهُ إِذَا اشْتَرَطَ فِيهَا ضِدَّ هَذَا الرُّكْنِ بَطَلَ الشَّرْطُ وَصَحَّ الْعَقْدُ.

٢٥٦٠ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ إِذَا قَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: لَقَدْ كَاتَبْتُكَ عَلَى [أ/٤٧١و] أَلْفِ دِرْهَمٍ فَإِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ أَنَّهُ إِذَا أَدَّاهَا فَهُوَ حُرٌّ[(٤)].

---

(١) «الحاوي» (١٨/ ٢٤١). (٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٩٦).

(٣) مكانها بياض في (م).

(٤) قال ابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٣٠٨): «واتفقوا على أنه إذا قال: كاتبتك على =

٢٥٦١ (**وَاخْتَلَفُوا** إِذَا قَالَ لَهُ: قَدْ كَاتَبْتُكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ وَسَكَتَ، هَلْ يَكُونُ حُرًّا دُونَ أَنْ يَقُولَ لَهُ: فَإِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ)(١)؟

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٢)، ومَالِكٌ(٣): هُوَ حُرٌّ؛ لِأَنَّ (اسْمَ الْكِتَابَةِ لَفْظٌ)(٤) شَرْعِيٌّ، فَهُوَ يَتَضَمَّنُ جَمِيعَ أَحْكَامِهِ.

وَقَالَ قَوْمٌ: لَا يَكُونُ حُرًّا حَتَّى يُصَرِّحَ [م/ ٢٦٥و] بِلَفْظِ الْأَدَاءِ(٥).

وَاخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ(٦).

٢٥٦٢ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

اخْتِلَافُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ وَمَالِكٍ فِيمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ أَلْفُ دِينَارٍ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٧): يَلْزَمُهُ وَهُوَ حُرٌّ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: هُوَ حُرٌّ وَلَا يَلْزَمُهُ(٨).

[٢٥٦٢/أ] وَأَمَّا إِنْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنَّ عَلَيْكَ أَلْفَ دِينَارٍ:

فَاخْتَلَفَ الْمَذْهَبُ فِي ذَلِكَ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٩): هُوَ حُرٌّ وَالْمَالُ عَلَيْهِ كَغَرِيمٍ مِنَ الْغُرَمَاءِ.

وَقِيلَ: الْعَبْدُ بِالْخِيَارِ؛ فَإِنِ اخْتَارَ الْحُرِّيَّةَ لَزِمَهُ الْمَالُ وَنَفَذَتِ الْحُرِّيَّةُ (وَإِلَّا بَقِيَ)(١٠) عَبْدًا.

= ألف درهم، أو نحوها؛ فإنه متى أداها عتق».

(١) ما بين القوسين من (م).

(٢) «الهداية» (٢/ ٢٨٣)، «العناية على الهداية» (٩/ ١٥٦).

(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٧١).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لفظ الكتابة اسم».

(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٧١).

(٦) «البيان» (٨/ ٤٧٩)، «روضة الطالبين» (١٠/ ٣٣٥).

(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٧١).

(٨) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٧١).

(٩) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٧١).

(١٠) مكانها بياض في (م).

وَقِيلَ: إِنْ قَبِلَ كَانَتْ كِتَابَةً يُعْتَقُ إِذَا أَدَّى، وَالْقَوْلَانِ لِابْنِ الْقَاسِمِ[1].

وَتَجُوزُ الْكِتَابَةُ عِنْدَ مَالِكٍ[2] عَلَى عَمَلٍ مَحْدُودٍ، وَتَجُوزُ عِنْدَهُ الْكِتَابَةُ الْمُطْلَقَةُ، وَيُرَدَّان إلى كِتَابَة مِثْلِهِ كَالْحَالِ فِي النِّكَاحِ.

وَتَجُوزُ الْكِتَابَةُ عَلَى قِيمَةِ الْعَبْدِ ـ أَعْنِي: كِتَابَةَ مِثْلِهِ فِي الزَّمَانِ وَالثَّمَنِ ـ وَمِنْ هُنَا قِيلَ إِنَّهُ تَجُوزُ عِنْدَهُ الْكِتَابَةُ الْحَالَّةُ.

[٢٥٦٢/ب] وَاخْتُلِفَ: هَلْ مِنْ شَرْطِ هَذَا الْعَقْدِ أَنْ يَضَعَ السَّيِّدُ مِنْ آخِرِ نَجْمِ[3] الْكِتَابَةِ شَيْئًا عَنِ الْعَبْدِ، لِاخْتِلَافِهِمْ فِي مَفْهُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]؟

وَذَلِكَ: أَنَّ بَعْضَهُمْ رَأَى أَنَّ السَّادَةَ هُمُ الْمُخَاطَبُونَ بِهَذِهِ الآيَةِ.

وَرَأَى بَعْضُهُمْ أَنَّهُمْ جَمَاعَةُ الْمُسْلِمِينَ نُدِبُوا لِعَوْنِ الْمُكَاتَبِينَ.

[٢٥٦٢/ج] وَالَّذِينَ رَأَوْا ذَلِكَ: اخْتَلَفُوا هَلْ ذَلِكَ عَلَى الْوُجُوبِ أَوِ النَّدْبِ؟

وَالَّذِينَ قَالُوا بِذَلِكَ: اخْتَلَفُوا فِي الْقَدْرِ الْوَاجِبِ:

فَقَالَ بَعْضُهُمْ: مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ شَيْءٍ، وَبَعْضُهُمْ حَدَّهُ.

٢٥٦٣ وَأَمَّا الْمُكَاتَبُ فَفِيهِ **مَسَائِلُ**:

إِحْدَاهَا: هَلْ تَجُوزُ كِتَابَةُ [ب/ ٤١٧ظ] الْمُرَاهِقِ؟

وَهَلْ يُجْمَعُ فِي الْكِتَابَةِ الْوَاحِدَةِ أَكْثَرُ مَنْ عَبْدٍ[4] وَاحِدٍ؟

وَهَلْ تَجُوزُ كِتَابَةُ مَنْ يَمْلِكُ فِي الْعَبْدِ بَعْضَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ؟

[أ/ ٤٧١ظ] وَهَلْ تَجُوزُ كِتَابَةُ مَنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى السَّعْيِ؟

وَهَلْ تَجُوزُ كِتَابَةُ مَنْ فِيهِ بَقِيَّةُ رِقٍّ؟

[٢٥٦٣/...] فَأَمَّا كِتَابَةُ الْمُرَاهِقِ الْقَوِيِّ عَلَى السَّعْيِ الَّذِي لَمْ يَبْلُغِ الْحُلُمَ:

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٧٢).
(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٧٤).
(٣) في المطبوع: «أنجم».
(٤) كذا في (م)، وفي (أ): «عبد غير»، وفي (ب): «غير».

فَأَجَازَهَا أَبُو حَنِيفَةَ[١].

وَمَنَعَهَا الشَّافِعِيُّ[٢] إِلَّا لِلْبَالِغِ.

وَعَنْ مَالِكٍ الْقَوْلَانِ جَمِيعًا[٣].

فَعُمْدَةُ مَنِ اشْتَرَطَ الْبُلُوغَ: تَشْبِيهًا بِسَائِرِ الْعُقُودِ.

وَعُمْدَةُ مَنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ: أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْنَ السَّيِّدِ وَعَبْدِهِ مَا لَا يَجُوزُ بَيْنَ الْأَجَانِبِ، وَأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ ذَلِكَ إِنَّمَا هُوَ الْقُوَّةُ عَلَى السَّعْيِ، وَذَلِكَ مَوْجُودٌ فِي غَيْرِ الْبَالِغِ.

٢٥٦٤ وَأَمَّا هَلْ يُجْمَعُ فِي الْكِتَابَةِ الْوَاحِدَةِ أَكْثَرُ مَنْ عَبْدٍ وَاحِدٍ؟

٢٥٦٥ فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ **اخْتَلَفُوا** فِي ذَلِكَ، ثُمَّ إِذَا قُلْنَا بِالْجَمْعِ:

فَهَلْ يَكُونُ بَعْضُهُمْ حُمَلَاءَ عَنْ بَعْضٍ بِنَفْسِ الْكِتَابَةِ حَتَّى لَا يُعْتَقَ وَاحِدٌ إِلَّا بِعِتْقِ جَمِيعِهِمْ؟

فِيهِ أَيْضًا خِلَافٌ[٤].

[٢٥٦٥/أ] فَأَمَّا هَلْ يَجُوزُ الْجَمْعُ؟

فَإِنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى جَوَازِ ذَلِكَ.

وَمَنَعَهُ قَوْمٌ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ[٥].

[٢٥٦٥/ب] وَأَمَّا هَلْ يَكُونُ بَعْضُهُمْ حُمَلَاءَ عَنْ بَعْضٍ؟

فَإِنَّ فِيهِ لِمَنْ أَجَازَ الْجَمْعَ ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ:

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: ذَلِكَ وَاجِبٌ بِمُطْلَقِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ.

---

(١) «الهداية» (٢/ ٢٨٣)، «العناية على الهداية» (٩/ ١٥٦).

(٢) «روضة الطالبين» (١٢/ ٩٩)، «الحاوي الكبير» (١٨/ ٢٤٣).

(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٧٤).

(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٧٤).

(٥) «نهاية المحتاج» (٥/ ٢٦١، ٣٢٢).

أَعْنِي: حَمَالَةَ[1] بَعْضِهِمْ عَنْ بَعْضٍ، وَبِهِ قَالَ: مَالِكٌ[2] وَسُفْيَانُ[3].

وَقَالَ آخَرُونَ[4]: لَا يَلْزَمُ ذَلِكَ بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ وَيَلْزَمُ بِالشَّرْطِ، وَبِهِ قَالَ: أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ[5].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[6]: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لَا بِالشَّرْطِ وَلَا بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ، وَيُعْتَقُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِذَا أَدَّى قَدْرَ حِصَّتِهِ.

فَعُمْدَةُ مَنْ مَنَعَ الشَّرِكَةِ مَا فِي ذَلِكَ مِنَ الْغَرَرِ؛ لِأَنَّ قَدْرَ مَا يَلْزَمُ وَاحِدًا وَاحِدًا مِنْ ذَلِكَ مَجْهُولٌ.

وَعُمْدَةُ مَنْ أَجَازَها[7] أَنَّ الْغَرَرَ الْيَسِيرَ يُسْتَخَفُّ فِي الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ بَيْنَ السَّيِّدِ وَعَبْدِهِ، وَالْعَبْدُ وَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ.

وَأَمَّا مَالِكٌ: فَحُجَّتُهُ أَنَّهُ لَمَّا كَانَتِ الْكِتَابَةُ وَاحِدَةً وَجَبَ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُمْ كَحُكْمِ الشَّخْصِ الْوَاحِدِ.

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيَّةِ: أَنَّ حَمَالَةَ بَعْضِهِمْ عَنْ بَعْضٍ لَا فَرْقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ حَمَالَةِ الْأَجْنَبِيِّينَ بَعْضَهُمْ عَنْ بَعْضٍ.

وَلَمَّا [أ/ ٤٧٢و] كَانَ الْجُمْهُورُ قَدِ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الحَمَالَةَ مِنْ[8] الْأَجْنَبِيِّينَ فِي الْكِتَابَةِ لَا تَجُوزُ، قَالَ: لَا تَجُوزُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ.

وَإِنَّمَا مَنَعُوا حَمَالَةَ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ لَمْ يَكُنْ لِلْحَمِيلِ شَيْءٌ [م/ ٢٦٥ظ] يَرْجِعُ عَلَيْهِ.

وَهَذَا كَأَنَّهُ[9] لَيْسَ يَظْهَرُ فِي حَمَالَةِ الْعَبِيدِ بَعْضِهِمْ عَنْ بَعْضٍ.

---

(١) في (م): «جماعة».

(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٧٣)، «الذخيرة» (١١/ ٢٩٠).

(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٧٣). (٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٧٣).

(٥) «البدائع» (٦/ ٢٢٤).

(٦) «المهذب» (١/ ٣٩٩)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٣٢٢، ٢٦١).

(٧) في (م): «أجازه». (٨) في (م): «على».

(٩) كذا في (أ)، وفي (م): «كله»، وفي (أ): «مكانه».

وَإِنَّمَا[(١)] الَّذِي يَظْهَرُ فِي ذَلِكَ: أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ هُوَ سَبَبٌ لِأَنْ يُعْجِزَ مَنْ يَقْدِرُ عَلَى السَّعْيِ بِعَجْزِ مَنْ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ، فَهُوَ غَرَرٌ خَاصٌّ بِالْكِتَابَةِ، [ب/٤١٨و] إِلَّا أَنْ يُقولَ أَيْضًا: إِنَّ الْجَمْعَ يَكُونُ سَبَبًا لِأَنْ يُخْرِجَ حُرًّا[(٢)] مَنْ لَا يَقْدِرُ مِنْ نَفْسِهِ أَنْ يَسْعَى حَتَّى يَخْرُجَ حُرًّا فَهُوَ كَمَا يَعُودُ بِرِقٍّ مَنْ يَقْدِرُ عَلَى السَّعْيِ، كَذَلِكَ يَعُودُ بِحُرِّيَّةِ مَنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى السَّعْيِ.

وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ: فَشَبَّهَهَا بِحَمَالَةِ الْأَجْنَبِيِّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ فِي الْحُقُوقِ الَّتِي تَجُوزُ فِيهَا الْحَمَالَةُ، فَأَلْزَمَهَا بِالشَّرْطِ وَلَمْ يُلْزِمْهَا بِغَيْرِ شَرْطٍ.

وَهُوَ مَعَ هَذَا أَيْضًا (لَا يُجِيزُ حَمَالَةَ)[(٣)] الْكِتَابَةِ.

٢٥٦٦ وَأَمَّا الْعَبْدُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ:

فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ **اخْتَلَفُوا** هَلْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيبَهُ دُونَ إِذْنِ صَاحِبِهِ؟

فَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَالْكِتَابَةُ مَفْسُوخَةٌ، وَمَا قَبَضَ مِنْهَا هِيَ بَيْنَهُم عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِم.

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: يَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَ الرَّجُلُ نَصِيبَهُ مِنْ عَبْدِهِ دُونَ نَصِيبِ شَرِيكِهِ. وَفَرَّقَتْ فِرْقَةٌ فَقَالَتْ: يَجُوزُ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ وَلَا يَجُوزُ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ.

وَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ: قَالَ مَالِكٌ[(٤)].

وَبِالثَّانِي: قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى[(٥)] وَأَحْمَدُ[(٦)].

وَبِالثَّالِثِ: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٧)] وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ[(٨)].

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «وأما».
(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «جزء».
(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لا يجبر كحمالة».
(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٦٧).
(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٦٧).
(٦) «مطالب أولي النهى» (٦/ ٥٥١).
(٧) «الأصل» (٦/ ٢٤٦)، «المبسوط» (١١/ ٢٠٧).
(٨) «الحاوي الكبير» (١٨/ ١٩٩).

وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ مِثْلُ قَوْلِ مَالِكٍ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ: أَنَّهُ لَوْ جَازَ ذَلِكَ لَأَدَّى إِلَى أَنْ يُعْتَقَ الْعَبْدُ كُلُّهُ بِالتَّقْوِيمِ عَلَى الَّذِي كَاتَبَ حَظَّهُ مِنْهُ، وَذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي تَبْعِيضِ الْعِتْقِ.

وَمَنْ رَأَى أَنَّ لَهُ أَنْ يُكَاتِبَهُ رَأَى أَنَّ عَلَيْهِ أَنْ يُتِمَّ عِتْقَهُ إِذَا أَدَّى الْكِتَابَةَ إِذَا كَانَ مُوسِرًا.

فَاحْتِجَاجُ مَالِكٍ هُنَا: هُوَ احْتِجَاجٌ بِأَصْلٍ لَا يُوَافِقُهُ عَلَيْهِ الْخَصْمُ، لَكِنْ لَيْسَ يَمْنَعُ مِنْ صِحَّةِ الْأَصْلِ أَنْ لَا يُوَافِقَهُ عَلَيْهِ الْخَصْمُ.

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ الْإِذْنِ: فَضَعِيفٌ.

وَأَبُو حَنِيفَةَ(١) يَرَى فِي كَيْفِيَّةِ أَدَاءِ الْمَالِ الْمُكَاتِبِ إِذَا كَانَتِ الْكِتَابَةُ عَنْ إِذْنِ شَرِيكِهِ أَنَّ كُلَّ مَا أَدَّى لِلشَّرِيكِ الَّذِي كَاتَبَهُ يَأْخُذُ مِنْهُ الشَّرِيكُ الثَّانِي [أ/ ٤٧٢ظ] نَصِيبَهُ، وَيَرْجِعُ بِالْبَاقِي عَلَى الْعَبْدِ، فَيَسْعَى لَهُ فِيهِ حَتَّى يَتِمَّ لَهُ مَا كَانَ كَاتَبَهُ عَلَيْهِ، وَهَذَا فِيهِ بُعْدٌ عَنِ الْأُصُولِ.

[٢٥٦٦/...] وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ ـ فِيمَا أَعْلَمُ ـ أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْمُكَاتِبِ أَنْ يَكُونَ قَوِيًّا عَلَى السَّعْيِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣].

٢٥٦٧ وَقَدِ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ:

مَا الْخَيْرُ [ب/ ٤١٨ظ] الَّذِي اشْتَرَطَهُ اللهُ فِي الْمُكَاتَبِينَ فِي قَوْلِهِ: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣].

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٢): الِاكْتِسَابُ وَالْأَمَانَةُ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: الْمَالُ وَالْأَمَانَةُ(٣).

وَقَالَ آخَرُونَ: الصَّلَاحُ وَالدِّينُ(٤).

---

(١) «المبسوط» (١١/ ٢٠٧).

(٢) «نهاية المحتاج» (٥/ ٢٦١، ٣٢٢).

(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٤٧).

(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٤٧).

وَأَنْكَرَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ أَنْ يُكَاتَبَ مَنْ لَا حِرْفَةَ لَهُ مَخَافَةَ السُّؤَالِ[١].

وَأَجَازَ ذَلِكَ بَعْضُهُمْ لِحَدِيثِ بَرِيرَةَ[٢]: «أَنَّهَا كُوتِبَتْ[٣] عَلَى أَنْ تَسْأَلَ النَّاسَ»[٤]. وَكَرِهَ مَالِكٌ[٥] أَنْ تُكَاتَبَ الْأَمَةُ الَّتِي لَا اكْتِسَابَ لَهَا بِصِنَاعَةٍ، مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إِلَى الزِّنَا.

وَأَجَازَ مَالِكٌ[٦] كِتَابَةَ الْمُدَبَّرَةِ وَكُلِّ مَنْ فِيهِ بَقِيَّةُ رِقٍّ إِلَّا أُمَّ الْوَلَدِ؛ إِذْ لَيْسَ لَهُ عِنْدَه أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا.

(الْقَوْلُ فِي الْمُكَاتِبِ)[٧]:

وَأَمَّا الْمَكَاتِبُ:

٢٥٦٨ **فَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ مِن شَرْطِه أَنْ يَكُونَ مَالِكًا، صَحِيحَ الْمِلْكِ، غَيْرَ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ، صَحِيحَ الْجِسْمِ.

٢٥٦٩ **وَاخْتَلَفُوا** هَلْ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ أَمْ لَا؟

وَسَيَأْتِي هَذَا فِيمَا يَجُوزُ مِنْ أَفْعَالِ الْمُكَاتَبِ مِمَّا لَا يَجُوزُ.

وَلَمْ يُجِزْ مَالِكٌ[٨] أَنْ يُكَاتَبَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عِتْقٌ وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُعْتِقَ، وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ كِتَابَةُ مَنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْغُرَمَاءُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ فِي ثَمَنِ[٩] كِتَابَتِهِ إن بيعت[١٠] مِثْلُ ثَمَنِ رَقَبَتِهِ.

وَأَمَّا كِتَابَةُ الْمَرِيضِ:

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٤٧).

(٢) بفتح الموحدة، وكسر الراء، ثم مثناة تحت ساكنة، ثم راء مفتوحة، ثم هاء؛ روت عنها مولاتها أم المؤمنين عائشة وغيرها. «توضيح المشتبه»: (١/ ٤٨٢).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «كاتبت».

(٤) أخرجه البخاري (٢٥٦١)، ومسلم (١٥٠٤).

(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٤٧).

(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٤٧).

(٧) من (م).

(٨) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٣٧).

(٩) ليست في (م).

(١٠) مكانها بياض في (م).

فَإِنَّهَا عِنْدَهُ من الثُّلُثِ تُوقَفُ حَتَّى يَصِحَّ أَوْ يَمُوتَ فَتَكُونُ مِنَ الثُّلُثِ كَالْعِتْقِ سَوَاءً.

وَقَدْ قِيلَ: إِنْ حَابَى كَانَ ذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يُحَابِ سَعَى، فَإِنْ أَدَّى وَهُوَ فِي الْمَرَضِ عُتِقَ.

وَتَجُوزُ عِنْدَهُ كِتَابَةُ النَّصْرَانِيِّ الْمُسْلِمَ، وَيُبَاعُ عَلَيْهِ كَمَا يُبَاعُ عَلَيْهِ الْعَبْدُ الْمُسْلِمُ [م/٢٦٦و] عِنْدَهُ[١].

فَهَذِهِ هِيَ مَشْهُورَاتُ الْمَسَائِلِ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالْأَرْكَانِ؛ أَعْنِي: الْمُكَاتِبَ، وَالْمُكَاتَبَ، وَالْكِتَابَةَ.

وَأَمَّا الْأَحْكَامُ فَكَثِيرَةٌ.

وَكَذَلِكَ الشُّرُوطُ الَّتِي تَجُوزُ فِيهَا مِنَ الشروط[٢] الَّتِي لَا تَجُوزُ.

وَيُشْبِهُ أَنْ تَكُونَ أَجْنَاسُ[٣] الْأَحْكَامِ الْأُوَلِ فِي هَذَا الْعَقْدِ.

هُوَ أَنْ يُقَالَ: مَتَى يُعْتَقُ الْمُكَاتَبُ [أ/٤٧٣و] وَمَتَى يَعْجِزُ فَيَرِقُّ؟

وَكَيْفَ حَالُهُ إِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ أَوْ يَرِقَّ؟

وَمَا[٤] يَدْخُلُ مَعَهُ فِي حَالِ الْكِتَابَةِ مِمَّا لَا يَدْخُلُ.

وَتَمْيِيزُ[٥] مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ حَجْرِ الرِّقِّ مِمَّا لَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ.

فَلْنَبْدَأْ بِذِكْرِ مَسَائِلِ الْأَحْكَامِ الْمَشْهُورَةِ الَّتِي فِي جِنْسٍ جِنْسٍ مِنْ هَذِهِ الْأَجْنَاسِ الْخَمْسَةِ.

الْجِنْسُ الْأَوَّلُ:

٢٥٧٠ فَأَمَّا مَتَى يَخْرُجُ مِنَ الرِّقِّ؟

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/٢٣٨).
(٢) من (م).
(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «أجناسٌ من».
(٤) في المطبوع: «ومن».
(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «وتسيير».

[٢٥٧٠/أ] فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ يَخْرُجُ مِنَ الرِّقِّ إِذَا أَدَّى جَمِيعَ الْكِتَابَةِ(١).

[٢٥٧٠/ب] وَاخْتَلَفُوا إِذَا عَجَزَ عَنِ الْبَعْضِ (وَقَدْ أَدَّى الْبَعْضَ)(٢):

فَقَالَ الْجُمْهُورُ:

هُوَ [ب/٤١٩و] عَبْدٌ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ، وَأَنَّهُ يَرِقُّ إِذَا عَجَزَ عَنِ الْبَعْضِ(٣).

وَرُوِيَ، عَنِ السَّلَفِ الْمُتَقَدِّمِ سِوَى هَذَا الْقَوْلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ؛ أَقْوَالٌ **أَرْبَعَةٌ**(٤):

أَحَدُهَا:

أَنَّ الْمُكَاتَبَ يُعْتَقُ بِنَفْسِ الْكِتَابَةِ.

وَالثَّانِي:

أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى.

وَالثَّالِثُ:

أَنَّهُ يُعْتَقُ إِنْ أَدَّى النِّصْفَ فَأَكْثَرَ.

وَالرَّابِعُ:

إِنْ أَدَّى الثُّلُثَ وَإِلَّا فَهُوَ عَبْدٌ.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ:

مَا خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**أَيُّمَا عَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشَرَةَ أَوَاقٍ: فَهُوَ**

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٣)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص٢٦٣)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ٣٩٧)، وابن هبيرة في «الإفصاح» (٢/ ٣٠٨).

(٢) من (م).

(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٣٧).

(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٣٩).

عَبْدٌ، وَأَيُّمَا عَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشَرَةً: فَهُوَ عَبْدٌ»[(١)].

وَعُمْدَةُ مَنْ رَأَى أَنَّهُ يَعْتِقُ بِنَفْسِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ:

تَشْبِيهُهُ إِيَّاها بِالْبَيْعِ، فَكَأَنَّ الْمُكَاتَبَ اشْتَرَى نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ، فَإِنْ عَجَزَ لَمْ يَكُنْ لَهُ[(٢)] إِلَّا أَنْ يُتْبِعَهُ بِالْمَالِ، كَمَا لَوْ أَفْلَسَ مَنِ اشْتَرَاهُ مِنْهُ إِلَى أَجَلٍ وَقَدْ مَاتَ.

وَعُمْدَةُ مَنْ رَأَى أَنَّهُ يَعْتِقُ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى[(٣)]: (مَا رَوَاهُ يَحْيَى بْنُ كَثِيرٍ، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: **«يُؤَدِّي الْمُكَاتَبُ بِقَدْرِ مَا أَدَّى)[(٤)] دِيَةَ حُرٍّ، وَبِقَدْرِ مَا رُقَّ مِنْهُ دِيَةَ عَبْدٍ»** خَرَّجَهُ[(٥)] النَّسَائِيُّ[(٦)].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٢٧) ـ ومن طريقه: البيهقي (١٠/ ٣٢٤) ـ النسائي في «الكبرى» (٥٠٢٦)، وأحمد (٢/ ١٨٤)، والدارقطني (٤/ ١٢١)، والحاكم (٢/ ٢١٨)، من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده به.
قَالَ النَّوَوِيُّ فِي «الرَّوْضَةِ» (١٢/ ٢٣٦): «حَدِيثٌ حسنٌ».
قال ابنُ عبد البرِّ في «الاستذكار» (٢٣/ ٢٤٠): «وهو عندي في معنى قوله: «هو ما بقي عليه شيء»، كما قال ﷻ: ﴿وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾. [آل عمران: ٧٥]، أراد القليل بذكر الدينار بعد ذكره القنطار، ولم يرد الدينار بعينه خاصة، ولا القنطار بعينه خاصة».

(٢) من (م).

(٣) قال الخطابي في «معالم السُّنن» (٤/ ٣٧): «أجمع عامة الفقهاء على أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم في جنايته والجناية عليه، ولم يذهب إلى هذا الحديث من العلماء ـ فيما بلغنا ـ إلا إبراهيم النخعي، وإذا صَح الحديث وجب القول به؛ إذا لم يكن منسوخًا، أو معارَضًا بما هو أولى منه، والله أعلم».

(٤) ما بين القوسين ليس في (م).

(٥) في (م): «**خرَّجه الْبُخَارِيّ**، و». وليس في البخاريّ قطعًا.

(٦) فِي «المجتبى» (٨/ ٤١)، وفي «الكبرى» (٧٠١٤) عن محمد بن عيسى النقاش، ثنا يزيد بن هارون، أنبا حماد، عن أيوب، عن عكرمة، عن ابن عباس مرفوعًا: **«المكاتَب يعتق بقدر ما أدّى، ويقام عليه الحد بقدر ما عتق منه، ويرث بقدر ما عتق منه»**.
ومحمد بن عيسى النقاش ترجمه المزي، ولم يذكر فيه جرحًا ولا تعديلًا، وقد تفرد بقوله: «المكاتب يعتق بقدر ما أدى».
=

= وقد رواه جماعة عن يزيد بن هارون، بلفظ: «يُوَدَّى المكاتب بحصة ما أدى دية الحر، وما بقي دية عبد».
منهم:
١ ـ الإمام أحمد (١/ ٣٦٩).
٢ ـ هارون بن عبد الله البزاز:
وزاد: «إذا أصاب المكاتب حدًّا أو ميراثًا ورث بحساب ما عتق منه».
أخرج روايته: الترمذي: (١٢٥٩)، وحسنه.
٣ ـ علي بن شيبة السدوسي:
أخرج روايته: الطحاوي فِي «معاني الآثار» (٣/ ١١٠).
٤ ـ يحيى بن أبي طالب البغدادي:
وزاد: «وأقيم عليه الحد بحساب ما عتق منه».
أخرج روايته: البيهقي (١٠/ ٣٢٥)، وفِي «الصغرى» (٤٤٤٠، ٤٤٤١).
وقال: هو من أفراد حماد».
ورواه غير واحد عن يزيد بن هارون فلم يذكروا الدية، منهم:
١ ـ محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن مِقْسم البصري:
أخرج روايته: النسائي في «الكبرى» (٥٠٢١).
٢ ـ محمد بن عمرو بن سليمان بن أبي مذعور:
أخرج روايته: الدارقطني (٤/ ١٢١).
ولم ينفرد يزيد بن هارون به، بل تابعه موسى بن إسماعيل التبوذكي، كما عند أبي داود (٤٥٨٢).
واختلف فيه على أيوب:
ـ فرواه حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة أنّ مكاتبًا قُتل على عهد رسول الله ﷺ فأمر أن يُودى ما أدى دية الحر، ومالًا ديةَ المملوك».
أخرج روايته: النسائي (٨/ ٤١)، وفي «الكبرى» (٥٠٢٤ و٧٠١٥)، والطحاوي فِي «معاني الآثار» (٣/ ١١٠).
ـ ورواه وهيب بن خالد البصري عن أيوب عن عكرمة عن عليٍّ مرفوعًا: «**يودى المكاتب بقدر ما أدى**».
أخرج روايته: أحمد (١/ ٩٤)، والنسائي في «الكبرى» (٥٠٢٢)، والبيهقي (١٠/ ٣٢٥ ـ ٣٢٦)، وفي «الصغرى» (٤٤٣٨). =

وَالْخِلَافُ فِيهِ مِنْ قِبَلِ عِكْرِمَةَ(١).

كَمَا أَنَّ الْخِلَافَ فِي أَحَادِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ رُوِيَ من صَحِيفَةٍ(٢)، وَبِهَذَا الْقَوْلِ قَالَ عَلِيٌّ رضي الله عنه - أَعْنِي: بِحَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ.

= وقال: ورواية عكرمة عن عليّ مرسلة».
- ورواه إسماعيل بن علية عن أيوب عن عكرمة عن علي قوله.
أخرج روايته: النسائي في «الكبرى» (٥٠٢٣).
ورواه يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ.
أخرج روايته: أبو داود (٤٥٨١)، والنسائي (٨/ ٤٠)، وفي «الكبرى» (٥٠٢٠، ٧٠١١، ٧٠١٢، ٧٠١٣)، وعبد الرزاق (١٥٧٣١) - ومن طريقه: الطبراني (١١٩٩١) - وأحمد (١/ ٣٦٣)، وابن أبي عاصم في «الديات» (ص١٨٢)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٣/ ١١١)، والدارقطني (٤/ ١٢٣)، والحاكم (٢/ ٢١٨)، والبيهقي (١٠/ ٣٢٦)، وفي «الصغرى» (٤٤٤٢).
- ورواه هشام الدَّسْتُوائي، عن يحيى بن أبي كثير؛ واختلف عنه:
• فقال الطيالسي، وإسماعيل بن علية، ومحمد بن عبد الله بن المثنى الأنصاري، وحماد بن زيد، ويزيد بن هارون، ومعاذ بن هشام، والنضر بن شميل المازني: ثنا هشام عن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعًا.
أخرجه أبو داود (٤٥٨١)، وأحمد (١/ ٢٢٢ - ٢٢٣، ٢٢٦، ٢٦٠)، والطبراني (١١٩٩٣)، والنسائي في «الكبرى» (٥٠١٩)، والدارقطني (٤/ ١٢٢ - ١٢٣)، والبيهقي (١٠/ ٣٢٦).
وخالفهم محمد بن جعفر البصري فقال: عن هشام عن يحيى عن عكرمة عن ابن عباس قولَهُ.
أخرج روايته: البيهقي (١٠/ ٣٢٦).
والأول أصح.
واختلف فيه على عكرمة، فرواه أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن عكرمة عن ابن عباس عن عليٍّ قوله.
أخرج روايته: أبو نعيم في «مسند أبي حنيفة» (ص٩١).
قال ابن القيم في «تهذيب السُّنن» (٢/ ٢٥٦): «والرواية المرفوعة هي القياس. ولهذا الاضطراب - والله أعلم - ترك الإمام أحمد القول به».

(١) ينظر: «العلل الكبير»، للترمذي (٢٣/ ٢٣٣).
(٢) قال عبد الحق الإشبيلي في «الأحكام الوسطى» (١/ ١٨٣): «عمرو بن شعيب ثقة، =

وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ(١) أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الشَّطْرَ عُتِقَ.

وَكَانَ ابْنُ مَسْعُودٍ يَقُولُ(٢): إِذَا أَدَّى الثُّلُثَ.

وَأَقْوَالُ الصَّحَابَةِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حُجَّةً، فَالظَّاهِرُ أَنَّ التَّقْدِيرَ إِذَا صَدَرَ مِنْهُمْ أَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ فِي ذَلِكَ سُنَّةً بَلَغَتْهُمْ. [أ/ ٤٧٣ظ].

وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلٌ خَامِسٌ:

إِذَا أَدَّى الثَّلَاثَةَ الْأَرْبَاعِ عُتِقَ، وَبَقِيَ غَرِيمًا فِي بَاقِي الْمَالِ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنْ أَدَّى الْقِيمَةَ فَهُوَ غَرِيمٌ، وَهُوَ قَوْلُ عَائِشَةَ(٣)، وَابْنِ عُمَرَ(٤)، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ(٥).

وَالْأَشْهَرُ عَنْ عُمَرَ وَأُمِّ سَلَمَةَ: هُوَ مِثْلُ قَوْلِ الْجُمْهُورِ(٦).

وَقَوْلُ هَؤُلَاءِ هُوَ الَّذِي اعْتَمَدَهُ فُقَهَاءُ الْأَمْصَارِ، وَذَلِكَ: أَنَّهُ صَحَّتِ الرِّوَايَةُ فِي ذَلِكَ عَنْهُمْ صِحَّةً لَا شَكَّ فِيهَا، وروَى ذَلِكَ مَالِكٌ فِي مُوَطَّئِهِ.

وَأَيْضًا: فَهُوَ أَحْوَطُ لِأَمْوَالِ السَّادَاتِ؛ وَلِأَنَّ فِي الْمَبِيعَاتِ يَرْجِعُ فِي عَيْنِ الْمَبِيعِ(٧) إِذَا أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي.

الْجِنْسُ الثَّانِي:

٢٥٧١ وَأَمَّا مَتَى يَرِقُّ؟

= وإنما تكلم فيه؛ لأنه يحدِّث عن صحيفة جده. وكان يحيى بن معين لا يعبأ بصحيفة عمرو بن شعيب. وذكر تضعيف هذه الصحيفة الترمذي وغيره، وهي حديثه عن أبيه عن جده، كأنهم رأوا أنه لم يسمع هذه الأحاديث، قال: إنما روى أحاديث يسيرة وأخذ صحيفة كانت عنده فرواها، وعامة ما يروى عنه المناكير، إنما هي من رواية المثنى بن صباح وابن لهيعة وأمثالهما عن عمرو بن شعيب. وأبو عمرو يحتج بحديث عمرو بن شعيب إذا كان الراوي عنه ثقة». اهـ.

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٣٣).
(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٣٣).
(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٣٣).
(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٣٣).
(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٣٣).
(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٣٣).
(٧) في (م): «البيع».

[٢٥٧١/أ] فَإِنَّهُمْ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَرِقُّ إِذَا عَجَزَ؛ إِمَّا عَنِ الْبَعْضِ وَإِمَّا عَنِ الْكُلِّ بِحَسَبِ اخْتِلَافِهِمْ.

[٢٥٧١/ب] وَاخْتَلَفُوا هَلْ لِلْعَبْدِ أَنْ يُعْجِزَ نَفْسَهُ إِذَا شَاءَ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ، أَمْ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِسَبَبٍ؟

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١): الْكِتَابَةُ عَقْدٌ لَازِمٌ فِي حَقِّ الْعَبْدِ، وَهِيَ [ب/٤١٩ظ] فِي حَقِّ السَّيِّدِ غَيْرُ لَازِمَةٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ(٢) وَأَبُو حَنِيفَةَ(٣): الْكِتَابَةُ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ـ أَيْ: بَيْنَ الْعَبْدِ وَالسَّيِّدِ.

وَتَحْصِيلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ فِي ذَلِكَ:

أَنَّ الْعَبْدَ وَالسَّيِّدَ لَا يَخْلُو أَنْ يَتَّفِقَا عَلَى التَّعْجِيزِ(٤) أَوْ يَخْتَلِفَا.

[٢٥٧١/ج] ثُمَّ إِذَا اخْتَلَفَا:

فَإِمَّا أَنْ يُرِيدَ السَّيِّدُ التَّعْجِيزَ [م/٢٦٦ظ] وَيَأْبَاهُ الْعَبْدُ، أَوْ بِالْعَكْسِ ـ أَعْنِي: يُرِيدَ السَّيِّدُ الْبَقَاءَ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَيُرِيدُ الْعَبْدُ التَّعْجِيزَ.

[٢٥٧١/د] وَإِذَا اتَّفَقَا عَلَى التَّعْجِيزِ:

فَلَا يَخْلُو الْأَمْرُ مِنْ **قِسْمَيْنِ**:

أَحَدُهُمَا:

أَنْ يَكُونَ دَخَلَ فِي الْكِتَابَةِ وَلَدٌ أَمْ لَم يَكُن، فَإِنْ كَانَ دَخَلَ مَعَهُ وَلَدٌ فِي الْكِتَابَةِ فَلَا خِلَافَ عِنْدَهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّعْجِيزُ.

---

(١) «الحاوي الكبير» (١٨/ ١٤٤)، «روضة الطالبين» (١٠/ ٣٠٢)، «مغني المحتاج» (٦/ ٥٠٠).

(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٥٩)، «المدونة» (٢/ ٤٦٨)، «الذخيرة» (١١/ ٢٤٩).

(٣) «المبسوط» (٨/ ٤)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٤٥١).

(٤) قال ابن قدامة في «المغني» (١٤/ ٥١٠): «الكتابة عقد لازم، لا يملك السيد فسخها من قبل عجز المكاتَب، بغير خلاف نعلمه».

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ:

فَفِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا:

أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١].

وَالْأُخْرَى:

أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ.

وإِنْ طَلَبَ (الْعَبْدُ التَّعْجِيزَ وَأَبَى السَّيِّدُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لِلْعَبْدِ إِنْ كَانَ له مَالٌ أَوْ كَانَتْ لَهُ قُوَّةٌ عَلَى السَّعْيِ.

وَأَمَّا إِنْ أَرَادَ)[٢] السَّيِّدُ التَّعْجِيزَ وَأَبَاهُ الْعَبْدُ: فَإِنَّهُ لَا يُعْجِزُهُ عِنْدَهُ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ، وَذَلِكَ بَعْدَ أَنْ يُثْبِتَ السَّيِّدُ عِنْدَ الْحَاكِمِ أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ وَلَا قُدْرَةَ عَلَى الْأَدَاءِ.

وَيَرْجِعُ إِلَى عُمْدَةِ أَدِلَّتِهِمْ فِي أَصْلِ الْخِلَافِ فِي الْمَسْأَلَةِ:

فَعُمْدَةُ الشَّافِعِيِّ:

مَا رُوِيَ أَنَّ بَرِيرَةَ جَاءَتْ إِلَى عَائِشَةَ تَقُولُ لَهَا: «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَشْتَرِينِي [أ/٤٧٤و] وَتُعْتِقِينِي؛ فَقَالَتْ لَهَا: إِنْ أَرَادَ أَهْلُكِ، فَجَاءَتْ أَهْلَهَا فَبَاعُوهَا وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ»، خَرَّجَهُ الْبُخَارِيُّ[٣].

وَعُمْدَةُ الْمَالِكِيَّةِ:

تَشْبِيهُهُمُ الْكِتَابَةَ بِالْعُقُودِ اللَّازِمَةِ؛ وَلِأَنَّ[٤] حُكْمَ الْعَبْدِ[٥] فِي هَذَا الْمَعْنَى يَجِبُ أَنْ يَكُونَ كَحُكْمِ السَّيِّدِ؛ وَذَلِكَ أَنَّ الْعُقُودَ مِنْ شَأْنِهَا أَنْ يَكُونَ اللُّزُومُ فِيهَا أَوِ الْخِيَارُ مُسْتَوِيًا فِي الطَّرَفَيْنِ.

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ٤٥١).

(٢) ما بين القوسين ليس في (م).

(٣) (برقم: ١٤٩٣).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لأن».

(٥) كذا في (أ)، وفي بقية النسخ: «العقد».

وَأَمَّا أَنْ يَكُونَ لَازِمًا مِنْ طَرَفٍ وَغَيْرَ لَازِمٍ مِنَ الطَّرَفِ الثَّانِي:

فَخَارِجٌ عَنِ الْأُصُولِ، وَعَلَّلُوا حَدِيثَ بَرِيرَةَ: بِأَنَّ الَّذِي بَاعَ أَهْلُهَا كَانَتْ كِتَابَتَهَا لَا رَقَبَتَهَا(١).

---

(١) قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٣/ ١٩٢ ـ ١٩٣): «قال أبو عمر: قد خرَّج الناس في معاني حديث بريرة وجوهًا كثيرة، فمنهم من له في ذلك باب، ومنهم من له في ذلك كتاب، وربما ذكروا من الاستنباط ما لا يفيد علمًا ولا يثيره، ونحن ـ إن شاء الله تعالى بعونه وفضله ـ نذكر من معاني حديث بريرة هاهنا ما فيه كفاية من الأحكام التي عني بذكرها وبالحرص فيها الفقهاء، وأولوا الأحلام والنهى.
فمن ذلك أن في حديث بريرة استعمال عموم الخطاب في السُّنَّة، والكتاب؛ لأن بريرة لما كاتبها أهلها دل على أن الرجال والنساء والعبيد والإماء داخلون في عموم قول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ﴾ الآية [النور: ٣٣]، وأن الأمة ذات زوج كانت أو غير ذات زوج داخلة في حديث بريرة في عموم الآية؛ لأنها كانت ذات زوج، لا خلاف فيه.
وفيه دليل أن كتابة الأمة ذات الزوج جائزة دون زوجها، وفي ذلك دليل على أن زوجها ليس له منعها من الكتابة، وإن كانت تئول إلى فراقه بغير إرادته إذا أدت وعتقت، وخيِّرت، فاختارت نفسها، ولا منعها من السعي في كتابتها.
ولو استدل مستدل من هذا المعنى؛ بأن الزوجة ليس عليها خدمة زوجها كان حسنًا.
كما أن للسيد عتق الأمة تحت العبد وإن أدى ذلك إلى بطلان نكاحه، وله أن يبيع أمته من زوجها الحر، وإن كان ذلك في بطلان زَوْجِيَّتهما كان بهذا المعنى جائزًا له كتابتها على رغم زوجها.
وفيه دليل على أن به يجوز للسيد مكاتبة عبده، وأمته، وإن لم يكن لهما شيء من المال، ألا ترى أن بريرة جاءت تستعين عائشة في أول كتابتها، ولم تكن أدت منها شيئًا.
كذلك ذكر ابن شهاب، عن عروة في هذا الحديث، ذكره ابن وهب، عن يونس، والليث، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة، قالت: جاءت بريرة إلي، فقالت: يا عائشة! إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني، ولم تكن قضت من كتابتها شيئًا. .، وذكر تمام الحديث.
وفيه دليل على إجازة كتابة الأمة، وهي غير ذات صنعة، وكتابة من لا حرفة له، ولا مال معه إذ ظاهر الخبر أنها ابتدأت بالسؤال من حين كوتبت، ولم يقل النبي ﷺ: هل لها مال، أو عمل واجب أو مال، ولو كان هذا واجبًا لسأل عنه ليقع علمه عليه؛ لأنه بعث مبينًا ومعلمًا ﷺ. =

وَالْحَنَفِيَّةُ تَقُولُ: لَمَّا كَانَ الْمُغَلَّبُ فِي الْكِتَابَةِ حَقَّ الْعَبْدِ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ لَازِمًا فِي حَقِّ الْآخَرِ الْمُغَلَّبِ عَلَيْهِ وَهُوَ السَّيِّدُ، أَصْلُهُ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ فِي حَقِّ الزَّوْجِ لِمَكَانِ الطَّلَاقِ الَّذِي بِيَدِهِ وَهُوَ لَازِمٌ فِي حَقِّ الزَّوْجَةِ.

وَالْمَالِكِيَّةُ تَعْتَرِضُ هَذَا بِأَنْ تَقُولَ إِنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ فِيمَا وَقَعَ بِهِ الْعِوَضُ، إِذْ كَانَ لَيْسَ(١) لَهُ أَنْ يَسْتَرْجِعَ الصَّدَاقَ.

الْجِنْسُ الثَّالِثُ:

وَأَمَّا حُكْمُهُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ، فَاتَّفَقُوا [ب/ ٤٢٠و] عَلَى أَنَّهُ إِذَا مَاتَ دُونَ وَلَدٍ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ مِنَ الْكِتَابَةِ شَيْئًا أَنَّهُ يَرِقُّ(٢).

= وفيما وصفنا دليل على أن قول من تأول قول الله ﷻ: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] أن الخير هاهنا المال، ليس بالتأويل الجيد، وإن كان قد روي عن جماعة من المسلمين، قد ذكرت بعضهم فيما تقدم من باب المكاتب.

والدليل على ضعف هذا التأويل إجماع العلماء على أن مال العبد للسيد، إن شاء أن ينتزعه من عنده انتزعه من قال منهم: إن العبد يملك، ومن قال: إنه لا يملك، فكيف يكاتبه بماله إلا أن يشأ ترك ذلك له؟

وأصح ما في تأويل الآية، والله أعلم أن الخير المذكور فيها هو القدرة على الاكتساب مع الأمانة، وقد يكتسب بالسؤال كما قيل: السؤال آخر كسب الرجل، أي: أرذل كسب الرجل.

وكان ابن عمر يكره كتابة العبد إذا لم تكن له حرفة، وكان يكره أن يطعمه مكاتبه من سؤال الناس، وقال بذلك طائفة من أهل الورع.

وفي حديث بريرة ما يدل على جواز اكتساب المكاتب بالسؤال، وأن ذلك طيب لمولاه، وهو يرد قول من قال: لا تجوز كتابة المكاتب إذا عدل إلى السؤال؛ لأنه يطعمه أوساخ الناس.

والدليل على صحة ما قلنا أن ما طاب لبريرة أخذه طاب لسيدها أخذه منها اعتبارًا باللحم الذي كان عليها صدقة، وللنبي ﷺ هدية، واعتبارًا أيضًا بجواز معاملة الناس للسائل».

(١) من (م).

(٢) حكى الإجماع ابن المنذر في «الأوسط» (١١/ ٥٤٢).

٢٥٧٢ وَاخْتَلَفُوا إِذَا مَاتَ عَنْ وَلَدٍ:

فَقَالَ مَالِكٌ[١]: حُكْمُ وَلَدِهِ كَحُكْمِهِ، فَإِنْ تَرَكَ مَالًا فِيهِ وَفَاء الْكِتَابَةِ[٢] أَدَّوْهُ وَعَتَقُوا، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ مَالًا، وَكَانَتْ لَهُمْ قوة عَلَى السَّعْيِ بَقُوا عَلَى نُجُوم أَبِيهِمْ حَتَّى يَعْجِزُوا أَوْ يُعْتَقُوا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُمْ لَا مَالٌ وَلَا قُدْرَةٌ[٣] عَلَى السَّعْيِ رَقُّوا، وَأَنَّهُ إِنْ فَضَلَ عَنِ[٤] الْكِتَابَةِ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ وَرِثُوهُ عَلَى حُكْمِ مِيرَاثِ الْأَحْرَارِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ يَرِثُهُ إِلَّا وَلَدُهُ الَّذِينَ هُمْ فِي الْكِتَابَةِ مَعَهُ دُونَ سِوَاهُمْ مِنْ وَارِثِيهِ إِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُ الْوَلَدِ الَّذِي مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ.

(وَقَالَ[٥] أَبُو حَنِيفَةَ[٦]: إِنَّهُ يَرِثُهُ بَعْدَ أَدَاءِ كِتَابَتِهِ مِنَ الْمَالِ الَّذِي تَرَكَ جَمِيعُ أَوْلَادِهِ الَّذِينَ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ، (أَوْ وُلِدُوا فِي الْكِتَابَةِ وَأَوْلَادُهُ الْأَحْرَارُ وَسَائِرُ وَرَثَتِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٧]: لَا يَرِثُهُ بَنُوهُ الْأَحْرَارُ وَلَا الَّذِينَ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ)[٨] أَوْ وُلِدُوا فِي الْكِتَابَةِ)[٩]، وَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ وَعَلَى وَلَدِهِ الَّذِينَ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَسْعَوْا[١٠] مِنَ الْكِتَابَةِ فِي مِقْدَارِ حُظُوظِهِمْ مِنْهَا، وَتَسْقُطُ عَنْهُمْ حِصَّةُ الْأَبِ.

وَبِسُقُوطِ حِصَّةِ الْأَبِ عَنْهُمْ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١١]، وَسَائِرُ الْكُوفِيِّينَ [أ/ ٤٧٤ظ].

[٢٥٧٢/...] وَالَّذِينَ قَالُوا بِسُقُوطِهَا:

قَالَ بَعْضُهُمْ: تُعْتَبَرُ الْقِيمَةُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ[١٢].

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٧٥)، «الذخيرة» (١١/ ٢٨٥).

(٢) كذا في (م)، وفي (أ): «لكتابته»، وفي (ب): «لكاتبه».

(٣) في (م): «قوة».

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «من».

(٥) من هنا يبدأ خرم في (ب).

(٦) «بدائع الصنائع» (٥/ ٤٧٥).

(٧) «روضة الطالبين» (١٠/ ٣٢٣)، «مغني المحتاج» (٦/ ٥٠٨).

(٨) ما بين القوسين ليس في (أ).

(٩) هنا ينتهي الخرم الذي أشرنا إليه في (ب).

(١٠) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «يبيعوا».

(١١) «مختصر الطحاوي» (ص٣٦٨)، «الهداية» (٢/ ٢٩٩).

(١٢) «الحاوي» (٢٢/ ٢٠١)، «مغني المحتاج» (٦/ ٥٠٣).

وَقِيلَ: بِالثَّمَنِ.

وَقِيلَ: حِصَّتُهُ عَلَى قدر الرُّءُوسِ.

وَإِنَّمَا قَالَ هَؤُلَاءِ بِسُقُوطِ حِصَّةِ الْأَبِ عَنِ الْأَبْنَاءِ الَّذِينَ كَاتَبَ عَلَيْهِمْ لَا الَّذِينَ وُلِدُوا فِي الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ مَنْ وُلِدَ لَهُ أَوْلَادٌ فِي الْكِتَابَةِ فَهُمْ تَبَعٌ لِأَبِيهِم.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ:

أَنَّ الْمُكَاتَبِينَ كِتَابَةً وَاحِدَةً بَعْضُهُمْ حُمَلَاءُ عَنْ بَعْضٍ، وَلِذَلِكَ مَنْ عُتِقَ مِنْهُمْ أَوْ مَاتَ لَمْ تَسْقُطْ حِصَّتُهُ عَنِ الْبَاقِي.

وَعُمْدَةُ الْفَرِيقِ الثَّانِي:

أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تُضْمَنُ.

وَرَوَى مَالِكٌ - عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ - فِي مُوَطَّئِهِ[1] مِثْلَ قَوْلِ الْكُوفِيِّينَ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ: مَاذَا يَمُوتُ عَلَيْهِ الْمُكَاتَبُ؟

فَعِنْدَ مَالِكٍ: أَنَّهُ يَمُوتُ مُكَاتَبًا[2].

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يَمُوتُ حُرًّا.

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ[3] أَنَّهُ يَمُوتُ عَبْدًا.

وَعَلَى هَذِهِ الْأُصُولِ بَنَوا الْحُكْمَ فِيهِ.

فَعُمْدَةُ الشَّافِعِيِّ: أَنَّ الْعُبُودِيَّةَ [م/٢٦٧و] وَالْحُرِّيَّةَ لَيْسَ بَيْنَهُمَا وَسَطٌ، وَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ فَلَيْسَ حُرًّا بَعْدُ[4]؛ لِأَنَّ حُرِّيَّتَهُ إِنَّمَا تَجِبُ بِأَدَاءِ[5] كِتَابَتِهِ؛ وَهُوَ لَمْ يُؤَدِّهَا بَعْدُ، فَقَدْ بَقِيَ أَنَّهُ مَاتَ عَبْدًا، لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَنْ يُعْتَقَ الْمَيِّتُ.

---

(١) «الموطأ» (١/ ٥٧٣).

(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٧٧)، «المدونة» (٢/ ٥٠٨)، «الذخيرة» (١١/ ٣٢٠).

(٣) «مغني المحتاج» (٦/ ٥٠٤).

(٤) في (م): «بعده».

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بعد أداء».

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ:

أَنَّ الْعِتْقَ قَدْ وَقَعَ بِمَوْتِهِ مَعَ وُجُودِ الْمَالِ الَّذِي كَاتَبَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرِقَّ نَفْسَهُ، وَالْحُرِيَّةُ (يَجِبُ أَنْ تَكُونَ حَاصِلَةً لَهُ مع وُجُودِ الْمَالِ لَا بِدَفْعِهِ إِلَى السَّيِّدِ.

وَأَمَّا مَالِكٌ:

فَجَعَلَ مَوْتَهُ عَلَى حَالَةٍ مُتَوَسِّطَةٍ بَيْنَ الْعُبُودِيَّةِ وَالْحُرِّيَّةِ)(١) [ب/٤٢٠ظ] وَهِيَ الْكِتَابَةُ، فَمِنْ حَيْثُ لَمْ يُورِّثْه أَوْلَادَهُ الْأَحْرَارَ مِنْهُ جَعَلَ(٢) لَهُ حُكْمَ الْعَبِيدِ، وَمِنْ حَيْثُ لَمْ يُورِّثْ سَيِّدَهُ مَالَهُ حَكَمَ(٣) لَهُ بِحُكْمِ الْأَحْرَارِ، **وَالْمَسْأَلَةُ فِي حَدِّ الِاجْتِهَادِ.**

٢٥٧٣ وَمِمَّا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْجِنْسِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي أُمِّ وَلَدِ الْمُكَاتَبِ إِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ بَنِينَ لَا يَقْدِرُونَ عَلَى السَّعْيِ وَأَرَادَتِ الْأُمُّ أَنْ تَسْعَى عَلَيْهِمْ(٤):

فَقَالَ مَالِكٌ(٥): لَهَا ذَلِكَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٦)، وَالْكُوفِيُّونَ: لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ.

وَعُمْدَتُهُمْ:

أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ مَالٌ مِنْ مَالِ السَّيِّدِ.

وَأَمَّا مَالِكٌ(٧): فَيَرَى أَنَّ حُرْمَةَ الْكِتَابَةِ الَّتِي لِسَيِّدِهَا صَار(٨) إِلَيْهَا وَإِلَى بَنِيهَا.

---

(١) ما بين القوسين من (م).
(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «حكم».
(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «جعل».
(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «عنهم».
(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٠٧)، «الذخيرة» (١١/ ٣٧٢).
(٦) «روضة الطالبين» (١٢/)، «الحاوي الكبير» (١٨/)، «مغني المحتاج» (٤/).
(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٠٧)، «الذخيرة» (١١/ ٣٧٢).
(٨) في المطبوع: «صائرة».

[٢٥٧٣/أ] وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُ مَالِكٍ[١] أَنَّ الْمُكَاتَبَ إِذَا تَرَكَ بَنِينَ صِغَارًا لَا يَسْتَطِيعُونَ السَّعْيَ، وَتَرَكَ أُمَّ وَلَدٍ لَا تَسْتَطِيعُ السَّعْيَ أَنَّهَا تُبَاعُ وَيُؤَدَّى مِنْهَا بَاقِي الْكِتَابَةِ.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ[٢]: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُكَاتَبِ لِأُمِّ وَلَدِهِ. وَيَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ[٣].

[٢٥٧٣/ب] وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ [أ/٤٧٥و] مَالِكٍ[٤] فِي أُمِّ وَلَدِ الْمُكَاتَبِ إِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَتَرَكَ بَنِينَ وَوَفَّاءَ كِتَابَتِهِ، هَلْ تُعْتَقُ أُمُّ وَلَدِهِ أَمْ لَا؟

فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[٥]: إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ عُتِقَتْ وَإِلَّا رَقَّتْ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: تُعْتَقُ عَلَى كُلِّ حَالٍ[٦].

وَعَلَى أَصْلِ الشَّافِعِيِّ:

كُلُّ مَا تَرَكَ الْمُكَاتَبُ (فِي مَالٍ)[٧] مِنْ مَالِ سَيِّدِهِ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ الْبَنُونَ فِي أَدَاءِ مَا عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ إن كَانُوا مَعَهُ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ، أَوْ كَانُوا وُلِدُوا فِي الْكِتَابَةِ، وَإِنَّمَا عَلَيْهِمُ السَّعْيُ.

وَعَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ:

يَكُونُ[٨] وَلَا بُدَّ.

وَمَذْهَبُ ابْنِ الْقَاسِمِ كَأَنَّهُ اسْتِحْسَانٌ[٩].

الْجِنْسُ الرَّابِعُ:

وَهُوَ النَّظَرُ فِيمَنْ يَدْخُلُ مَعَهُ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٠٧).

(٢) «الأصل» (٦/ ٥٢٩)، «بدائع الصنائع» (١١/ ٣٧٢).

(٣) «روضة الطالبين» (١٢/ ٤٩)، «مغني المحتاج» (٦/ ٥٠٥).

(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٠٧).

(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٠٧).

(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٠٨).

(٧) من (م).

(٨) زاد في المطبوع: «حرًّا».

(٩) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٠٧).

٢٥٧٤ وَاتَّفَقُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ أَنَّ وَلَدَ الْمُكَاتَبِ لَا يَدْخُلُ فِي كِتَابَةِ الْمُكَاتَبِ إِلَّا بِالشَّرْطِ؛ لِأَنَّهُ (عَبْدٌ آخَرُ)[١] لِسَيِّدِهِ[٢].

٢٥٧٥ (وَكَذَلِكَ اتَّفَقُوا عَلَى دُخُولِ مَا وُلِدَ لَهُ فِي الْكِتَابَةِ)[٣][٤]

٢٥٧٦ (وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِي دُخُولِ مَالِهِ أَيْضًا بِمُطْلَقِ الْعَقْدِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٥]: يَدْخُلُ مَالُهُ فِي الْكِتَابَةِ)[٦].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٧] وَأَبُو حَنِيفَةَ[٨]: لَا يَدْخُلُ.

وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ[٩]: يَدْخُلُ بِالشَّرْطِ أَعْنِي: إِذَا اشْتَرَطَهُ الْمُكَاتِبُ.

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى: هَلْ يَمْلِكُ الْعَبْدُ أَمْ لَا يَمْلِكُ، وَعَلَى هَلْ يَتْبَعُهُ مَالُهُ فِي الْعِتْقِ أَمْ لَا؟ وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ.

الْجِنْسُ الْخَامِسُ:

وَهُوَ الَّذِي يَنْظُرُ فِيمَا يُحْجَرُ فِيهِ عَلَى الْمُكَاتَبِ مِمَّا لَا يُحْجَرُ، وَمَا بَقِيَ مِنْ أَحْكَامِ الْعَبْدِ فِيهِ، فَنَقُولُ:

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «عنده حر».

(٢) حكى الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ٣٦٨).
وذهب ابن حزم في «المحلى» (٨/ ٢٥٠) إلى القول: بأنَّ أولاد المكاتَب أحرار بمكاتَبة أبيهم، فيتبعون أبيهم في الحرية، سواء كانوا موجودين قبل عقد الكتابة أو بعدها.
وهو قول الحسن. «مصنف عبد الرزاق» (١٥٦٢٧) (٨/ ٣٨٤).

(٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) زاد في المطبوع: «وَاخْتَلَفُوا فِي أُمِّ الْوَلَدِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ».

(٥) «الاستذكار» (٧/ ٣٦٩)، «الإشراف» (٢/ ١٧٧)، «الاستذكار» (٧/ ٣٨٦).

(٦) ما بين القوسين من (م).

(٧) «الوسيط» (٧/ ٥٣٦)، «العزيز شرح الوجيز» (١٣/ ٥٥٤).

(٨) «مختصر الطحاوي» (ص٣٩٢)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٤٦٥).

(٩) «الاستذكار» (٧/ ٣٦٨).

[٢٥٧٦/...] إِنَّهُ قَدْ أَجْمَعَ [ب/ ٤٢١و] الْعُلَمَاءُ مِنْ هَذَا الْبَابِ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَهَبَ مِنْ مَالِهِ شَيْئًا لَهُ قَدْرٌ، وَلَا يُعْتِقَ وَلَا يَتَصَدَّقَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، وَأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الْأُمُورِ وَأَشْبَاهِهَا ـ أَعْنِي: أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَ مِنْ يَدِهِ شَيْئًا مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ(١).

٢٥٧٧ وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي فُرُوعٍ:

وهو إِذَا لَمْ يَعْلَمِ السَّيِّدُ بِهِبَتِهِ أَوْ عِتْقِهِ إِلَّا بَعْدَ أَدَاءِ كِتَابَتِهِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٢) وَجَمَاعَةٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ: إِنَّ ذَلِكَ نَافِذٌ.

وَمَنَعَهُ بَعْضُهُمْ.

وَعُمْدَةُ مَنْ مَنَعَهُ:

أَنَّ ذَلِكَ وَقَعَ فِي حَالَةٍ لَا يَجُوزُ وُقُوعُهُ فِيهَا فَكَانَ فَاسِدًا.

---

(١) حكى الإجماع: ابن عبد البر في «الاستذكار» (٧/ ٤٢٨)، وابن قدامة في «المغني» (١٤/ ٤٨١ ـ ٤٨٢).

وذهب ابن حزم في «المحلى» (٧/ ١٩٥ ـ ١٩٦) إلى صحة تصرفات العبيد والإماء المملوكين ملكًا تامًّا، من بيع وشراء، وصدقة، وهبة، ونحو ذلك، فكيف إذا كان مكاتبًا قد عتق منه بقدر ما أدى؟

واستدل ابن حزم بالنصوص الدالة على الإنفاق، والحث على الصدقة، وأن جميع المسلمين مخاطبون بما فيها من التكاليف، ويستوي في ذلك الحر، والعبد، والذكر، والأنثى؛ لأن الجميع مخاطبون بشرائع الإسلام، فالكل ملزم بتخليص نفسه، والتقرب إلى الله ﷻ بالأعمال الصالحة، موعود بالجنة، متوعَّد بالنار، ولا فرق بين حر وعبد؛ ومن هذه النصوص:

١ ـ قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

٢ ـ وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُلْهِكُمْ أَمْوَالُكُمْ وَلَا أَوْلَادُكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ ﴿٩﴾ وَأَنفِقُوا مِن مَّا رَزَقْنَاكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِيَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ فَيَقُولَ رَبِّ لَوْلَا أَخَّرْتَنِي إِلَىٰ أَجَلٍ قَرِيبٍ فَأَصَّدَّقَ وَأَكُن مِّنَ الصَّالِحِينَ ﴿١٠﴾﴾ [المنافقون: ٩، ١٠].

(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٣٢).

وَعُمْدَةُ مَنْ أَجَازَهُ:

أَنَّ السَّبَبَ الْمَانِعَ مِنْ ذَلِكَ قَدِ ارْتَفَعَ، وَهُوَ مَخَافَةُ أَنْ يَعْجِزَ الْعَبْدُ.

وَسَبَبُ الْخِلَافِ:

هَلْ إِذْنُ السَّيِّدِ مِنْ شَرْطِ لُزُومِهِ أَعْنِي الْعَقْدِ [أ/ ٤٧٥ظ] أَوْ مِنْ شَرْطِ صِحَّتِهِ؟

فَمَنْ قَالَ مِنْ شَرْطِ الصِّحَّةِ:

لَمْ يُجِزْهُ وَإِنْ عَتَقَ.

وَمَنْ قَالَ مِنْ شَرْطِ لُزُومِهِ:

قَالَ: يَجُوزُ إِذَا عَتَقَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَقَعَ عَقْدًا صَحِيحًا، فَلَمَّا ارْتَفَعَ الْإِذْنُ الْمُرْتَقَبُ فِيهِ صَحَّ الْعَقْدُ كَمَا لَوْ أَذِنَ.

هَذَا كُلُّهُ عِنْدَ مَنْ أَجَازَ عِتْقَهُ إِذَا أَذِنَ السَّيِّدُ، [م/ ٢٦٧ظ]:

٢٥٧٨ فَإِنَّ النَّاسَ اخْتَلَفُوا أَيْضًا فِي ذَلِكَ بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ، عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِتْقُهُ إِذَا لَمْ يَأْذَنِ السَّيِّدُ:

فَقَالَ قَوْمٌ: ذَلِكَ جَائِزٌ.

وَقَالَ قَوْمٌ: لَا يَجُوزُ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١).

وَبِالْجَوَازِ قَالَ مَالِكٌ(٢).

وَعَنِ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ الْقَوْلَانِ(٣).

[٢٥٧٨/...] وَالَّذِينَ أَجَازُوا ذَلِكَ **اخْتَلَفُوا** فِي وَلَاءِ الْمُعْتَقِ(٤) لِمَنْ يَكُونُ:

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ٤٤٤)، «الهداية» (٢/ ٢٨٨).

(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٣٢).

(٣) «البيان» (٨/ ٤٢٩)، «الحاوي» (٢٢/ ٢٧٠).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «العتق».

فَقَالَ مَالِكٌ[١]: إِنْ مَاتَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ كَانَ وَلَاءُ عَبْدِهِ لِسَيِّدِهِ، وَإِنْ مَاتَ وَقَدْ عُتِقَ الْمُكَاتَبُ كَانَ وَلَاؤُهُ لَهُ.

وَقَالَ قَوْمٌ مِنْ هَؤُلَاءِ:

بَلْ وَلَاؤُهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ لِسَيِّدِهِ.

وَعُمْدَةُ مَنْ لَمْ يُجِزْ عِتْقَ الْمُكَاتَبِ:

أَنَّ الْوَلَاءَ يَكُونُ لِلْمُعْتِقِ، لِقَوْلِهِ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «**إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»[٢].

وَلَا وَلَاءَ لِلْمُكَاتَبِ فِي حِينِ كِتَابَتِهِ: فَلَمْ يَصِحَّ عِتْقُهُ.

وَعُمْدَةُ مَنْ رَأَى أَنَّ الْوَلَاءَ لِلسَّيِّدِ:

أَنَّ عَبْدَ عَبْدِهِ بِمَنْزِلَةِ عَبْدِهِ.

وَمَنْ فَرَّقَ بَيْنَ ذَلِكَ فَهُوَ اسْتِحْسَانٌ.

٢٥٧٩ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي هَلْ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَنْكِحَ أَوْ يُسَافِرَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ؟

فَقَالَ جُمْهُورُهُمْ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَأَبَاحَ بَعْضُهُمُ النِّكَاحَ لَهُ.

وَأَمَّا السَّفَرُ:

فَأَبَاحَهُ لَهُ جُمْهُورُهُمْ.

وَمَنَعَهُ بَعْضُهُمْ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[٣].

وَأَبَاحَهُ سَحْنُونٌ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ، وَلَمْ يُجِزْ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَشْتَرِطَهُ عَلَى الْمُكَاتَبِ، وَأَجَازَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي السَّفَرِ الْقَرِيبِ[٤].

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٣٢).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٣٢).
(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٣٢).

وَالْعِلَّةُ فِي مَنْعِ النِّكَاحِ:

أَنَّهُ يَخَافُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إِلَى عَجْزِهِ.

وَالْعِلَّةُ فِي جَوَازِ السَّفَرِ:

أَنَّ بِهِ يَقْوَى عَلَى التَّكَسُّبِ [ب/ ٤٢١ظ] فِي أَدَاءِ كِتَابَتِهِ.

[٢٥٧٩/...] وَبِالْجُمْلَةِ:

فَلِلْعُلَمَاءِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ **ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ**:

أَحَدُهَا: أَنَّ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُسَافِرَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُسَافِرَ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(١)، وَالشَّافِعِيُّ(٢).

وَالْقَوْلُ الثَّانِي:

إِنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ(٣).

وَالثَّالِثُ:

أَنَّ بِمُطْلَقِ عَقْدِ الْكِتَابَةِ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ [أ/ ٤٧٦و] إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ أَنْ لَا يُسَافِرَ، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَالثَّوْرِيُّ(٤)، وَغَيْرُهُمَا.

(وَأَبَاحَ بَعْضُهُمُ النِّكَاحَ لَهُ)(٥).

٢٥٨٠ وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

اخْتِلَافُهُمْ فِي هَلْ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدًا لَهُ؟

فَأَجَازَ ذَلِكَ مَالِكٌ(٦) مَا لَمْ يُرِدْ بِهِ الْمُحَابَاةَ.

وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالثَّوْرِيُّ(٧). وَلِلشَّافِعِيِّ **قَوْلَانِ**(٨):

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ٤٤٤).
(٢) «البيان» (٨/ ٤٢٩).
(٣) «الاستذكار» (٧/ ٤٢٩).
(٤) «الاستذكار» (٧/ ٤٢٩).
(٥) ما بين القوسين ليس في (م).
(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٩٥)، «الذخيرة» (١١/ ٢٣٣)، «جواهر الدرر» (٤/ ٢٣٤).
(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٩٥).
(٨) «الحاوي الكبير» (١١/ ٤١).

أَحَدُهُمَا:

إِثْبَاتُ الْكِتَابَةِ.

وَالْآخَرُ:

إِبْطَالُهَا.

وَعُمْدَةُ الْجَمَاعَةِ:

أَنَّهَا عقْدُ مُعَاوَضَةٍ الْمَقْصُودُ مِنْهُ طَلَبُ الرِّبْحِ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الْعُقُودِ الْمُبَاحَةِ مِنَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ.

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيَّةِ:

أَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ وَلَا وَلَاءَ لِلْمُكَاتَبِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحُرٍّ.

٢٥٨١ **وَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلسَّيِّدِ انْتِزَاعُ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ وَلَا الِانْتِفَاعُ مِنْهُ بِشَيْءٍ.

٢٥٨٢ **وَاخْتَلَفُوا** فِي وَطْءِ السَّيِّدِ أَمَتَهُ الْمُكَاتَبَةَ:

فَصَارَ الْجُمْهُورُ إِلَى مَنْعِ ذَلِكَ.

وَقَالَ أَحْمَدُ، وَدَاوُدُ[١]، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ مِنَ التَّابِعِينَ: ذَلِكَ جَائِزٌ إِذَا اشْتَرَطَهُ عَلَيْهَا.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ:

أَنَّهُ وَطْءٌ تَقَعُ الْفُرْقَةُ فِيهِ إِلَى أَجَلٍ آتٍ، فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ إِلَى أَجَلٍ.

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الثَّانِي**: تَشْبِيهُهَا بِالْمُدَبَّرَةِ.

[٢٥٨٢/أ] وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهَا إِنْ عَجَزَتْ حَلَّ وَطْؤُهَا[٢].

[٢٥٨٢/ب] وَاخْتَلَفَ الَّذِينَ مَنَعُوا ذَلِكَ إِذَا وَطِئَهَا هَلْ عَلَيْهِ حَدٌّ أَمْ لَا؟

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٩٥).

(٢) حكى الإجماع: ابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص٢٦٢)، وابن جزي فِي «القوانين الفقهية» (ص٤١٣).

فَقَالَ جُمْهُورُهُمْ: لَا حَدَّ عَلَيْهِ(١)؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ بِشُبْهَةٍ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: عَلَيْهِ(٢) الْحَدُّ(٣).

[٢٥٨٢/ج] وَاخْتَلَفُوا فِي إِيجَابِ الصَّدَاقِ لَهَا:

وَالْعُلَمَاءُ ـ فِيمَا أَعْلَمُ ـ عَلَى أَنَّهُ فِي أَحْكَامِهِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى حُكْمِ الْعَبْدِ مِثْلُ الطَّلَاقِ وَالشَّهَادَةِ وَالْحَدِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَخْتَصُّ بِهِ الْعَبِيدُ.

وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

٢٥٨٣ اخْتِلَافُهُمْ فِي بَيْعِهِ:

فَقَالَ الْجُمْهُورُ(٤): لَا يُبَاعُ الْمُكَاتَبُ إِلَّا بِشَرْطِ أَنْ يَبْقَى عَلَى كِتَابَتِهِ عِنْدَ مُشْتَرِيهِ.

(وَقَالَ بَعْضُهُمْ(٥): بَيْعُهُ جَائِزٌ مَا لَمْ يُؤَدِّ شَيْئًا مِنْ كِتَابَتِهِ؛ لِأَنَّ بَرِيرَةَ بِيعَتْ وَلَمْ تَكُنْ أَدَّتْ مِنْ كِتَابَتِهَا شَيْئًا)(٦).

وَقَالَ بَعْضُهُمْ(٧): إِذَا رَضِيَ الْمُكَاتِبُ بِالْبَيْعِ جَازَ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ(٨)؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عِنْدَهُ لَيْسَتْ بِعَقْدٍ لَازِمٍ فِي حَقِّ الْعَبْدِ، وَاحْتَجَّ بِحَدِيثِ بَرِيرَةَ إِذْ بِيعَتْ وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ.

وَعُمْدَةُ مَنْ لَمْ يُجِزْ بَيْعَ الْمُكَاتَبِ:

مَا فِي ذَلِكَ مِنْ نَقْضِ الْعَهْدِ، وَقَدْ أَمَرَ اللهُ تَعَالَى بِالْوَفَاءِ، وَهَذِهِ [ب/٤٢٢و] الْمَسْأَلَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى هَلِ الْكِتَابَةُ [م/٢٦٨و] عَقْدٌ لَازِمٌ أَمْ لَا؟

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «عليها».
(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «عليها».
(٣) «الأوسط» (١١/٥٠٣)، «الاستذكار» (٢٣/٢٩٧).
(٤) «الأوسط» (١١/٥٠٣)، «الاستذكار» (٢٣/٢٩٧).
(٥) «الأوسط» (١١/٥٠٣)، «الاستذكار» (٢٣/٢٩٧).
(٦) ما بين القوسين من (م).
(٧) «الأوسط» (١١/٥٠٣)، «الاستذكار» (٢٣/٢٩٧).
(٨) «مغني المحتاج» (٦/٥٠٧).

٢٥٨٤ وَكَذَلِكَ اخْتَلَفُوا فِي بَيْعِ الْكِتَابَةِ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٢):

ولَا يَجُوزُ ذَلِكَ.

وَأَجَازَهَا مَالِكٌ(٣)، وَرَأَى الشُّفْعَةَ فِيهَا لِلْمُكَاتَبِ.

وَمَنْ أَجَازَ ذَلِكَ:

شَبَّهَ بَيْعَهَا بِبَيْعِ الدَّيْنِ.

وَمَنْ لَمْ يُجِزْ ذَلِكَ رَآهُ مِنْ بَابِ الْغَرَرِ.

[٢٥٨٤/أ] وَكَذَلِكَ شَبَّهَ مَالِكٌ الشُّفْعَةَ [أ/٤٧٦ظ] فِيهَا بِالشُّفْعَةِ (فِي الدَّيْنِ)(٤).

وَفِي ذَلِكَ أَثَرٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَعْنِي: فِي الشُّفْعَةِ فِي الدَّيْنِ(٥).

[٢٥٨٤/ب] وَذَهَبَ(٦) مَالِكٍ(٧) فِي بَيْعِ الْكِتَابَةِ:

أَنَّهَا إِنْ كَانَتْ بِذَهَبٍ أَنَّهَا تَجُوزُ بِعَرَضٍ مُعَجَّلٍ لَا مُؤَجَّلَ لِمَا يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ مِنَ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ.

فَإِنْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ بِعَرَضٍ: كَانَ شِرَاؤُهَا بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ مُعَجَّلَة أَوْ بِعَرَضٍ مُخَالِفٍ، وَإِذَا أُعْتِقَ فَوَلَاؤُهُ لِلْمُكَاتِبِ لَا لِلْمُشْتَرِي.

وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

٢٥٨٥ اخْتِلَافُهُمْ: هَلْ لِلسَّيِّدِ أَنْ يُجْبِرَ عبده عَلَى الْكِتَابَةِ أَمْ لَا؟

وَأَمَّا شُرُوطُ الْكِتَابَةِ:

---

(١) «مغني المحتاج» (٦/ ٥٠٧). (٢) «اللباب» (٢/ ٢٤).
(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٩٨)، «الذخيرة» (١١/ ٢٩٢).
(٤) من (م). (٥) تقدم تخريجه.
(٦) في (م): «ومنع».
(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٨٩)، «الشرح الصغير» (٢/ ٢٦٨).

فَمِنْهَا:

شَرْعِيَّةٌ، هِيَ مِنْ شُرُوطِ صِحَّةِ الْعَقْدِ، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ عِنْدَ ذِكْرِ[١] أَرْكَانِ الْكِتَابَةِ.

وَمِنْهَا:

شُرُوطٌ بِحَسَبِ التَّرَاضِي.

وَهَذِهِ الشُّرُوطُ مِنْهَا مَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ.

وَمِنْهَا:

مَا إِذَا تُمُسِّكَ بِهِ أَفْسَدَتِ الْعَقْدَ وَإِذَا تُرِكَتْ صَحَّ الْعَقْدُ.

وَمِنْهَا:

شُرُوطٌ جَائِزَةٌ غَيْرُ لَازِمَةٍ.

وَمِنْهَا:

شُرُوطٌ جائزة لَازِمَةٌ.

وَهَذِهِ كُلُّهَا هِيَ مَبْسُوطَةٌ فِي كُتُبِ الْفُرُوعِ، وَلَيْسَ كِتَابُنَا هَذَا كِتَابَ فُرُوعٍ، وَإِنَّمَا هُوَ كِتَابُ أُصُولٍ[٢].

وَالشُّرُوطُ الَّتِي تُفْسِدُ الْعَقْدَ بِالْجُمْلَةِ:

هِيَ الشُّرُوطُ الَّتِي هِيَ ضِدُّ شُرُوطِ الصِّحَّةِ الْمَشْرُوعَةِ فِي الْعَقْدِ.

وَالشُّرُوطُ الْجَائِزَةُ هِيَ الَّتِي لَا تُؤَدِّي إِلَى الإِخْلَال[٣] بِالشُّرُوطِ الْمُصَحِّحَةِ لِلْعَقْدِ وَلَا تُلَازِمُهَا.

فَهَذِهِ الْجُمْلَةُ لَيْسَ يَخْتَلِفُ الْفُقَهَاءُ فِيهَا.

وَإِنَّمَا يَخْتَلِفُونَ فِي الشُّرُوطِ:

---

(١) مكانها بياض في (م).

(٢) فيه بيان منهج الكتاب من المصنف نفسه، فليتأمل ذلك.

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «إخلال».

لِاخْتِلَافِهِمْ فِيمَا هُوَ مِنْهَا شَرْط الصِّحَّةِ مما لَيْسَ مِنْهَا.

(وَلِاخْتِلَافِهِمْ فِيْمَا هُوَ ضِدَّ شَرْطٍ مِنْ شُرُوطِ الصِّحَّةِ أَوْ لَيْسَ مِنْهُ.

وَهَذه تَخْتَلِفُ بِحَسَبِ الْقُرْبِ وَالْبُعْدِ مِنْ إِخْلَالِهَا لِشُرُوطِ الصِّحَّةِ)(١).

وَلِذَلِكَ جَعَلَ مَالِك جِنْسًا ثَالِثًا مِنَ الشُّرُوطِ:

وَهِيَ الشُّرُوطُ الَّتِي إِنْ تَمَسَّكَ بِهَا الْمُشْتَرِطُ فَسَدَ الْعَقْدُ، وَإِنْ لَمْ يَتَمَسَّكْ بِهَا جَازَ، وَهَذَا يَنْبَغِي أَنْ تَفْهَمَهُ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ الشَّرْعِيَّةِ.

فَمِنْ مَسَائِلِهِمُ الْمَشْهُورَةِ فِي هَذَا الْبَابِ:

إِذَا اشْتَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ شَرْطًا مِنْ خِدْمَةٍ أَوْ سَفَرٍ وَقَوِيَ عَلَى أَدَاءِ نُجُومِهِ قَبْلَ مَحلِّ أَجَلِ(٢) الْكِتَابَةِ هَلْ [ب/٤٢٢ظ] يُعْتَقُ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ(٣) وَجَمَاعَةٌ: ذَلِكَ الشَّرْطُ بَاطِلٌ، وَيُعْتَقُ إِذَا أَدَّى جَمِيعَ الْمَالِ.

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ(٤): لَا يُعْتَقُ حَتَّى يُؤَدِّيَ جَمِيعَ الْمَالِ، وَيَأْتِيَ بِذَلِكَ الشَّرْطِ.

وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ(٥) رضي الله عنه أَنَّهُ أَعْتَقَ رَقِيقَ الْإِمَارَةِ وَشَرَطَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَخْدِمُوا الْخَلِيفَةَ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ.

٢٥٨٦ **وَلَمْ يَخْتَلِفُوا** أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أَعْتَقَهُ [أ/٤٧٧و] سَيِّدُهُ عَلَى أَنْ يَخْدِمَهُ سِنِينَ: أَنَّهُ لَا يَتِمُّ عِتْقُهُ إِلَّا بِخِدْمَته.

وَلِذَلِكَ الْقِيَاسِ قَوْلُ مَنْ قَالَ: إِنَّ الشَّرْطَ لَازِمٌ.

فَهَذِهِ الْمَسَائِلُ الْوَاقِعَةُ الْمَشْهُورَةُ فِي أُصُولِ هَذَا الْكِتَابِ.

(وَهَاهُنَا مَسَائِلُ تُذْكَرُ فِي هَذَا الْبَابِ)(٦) وَهِيَ مِنْ كُتُبٍ أُخَرَ:

وَذَلِكَ: أَنَّهَا إِذَا ذُكِرَتْ فِي هَذَا الْكِتَابِ ذُكِرَتْ عَلَى أَنَّهَا فُرُوعٌ تَابِعَةٌ

---

(١) ما بين القوسين من (م).
(٢) في (م): «أداء».
(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٣٠).
(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٣٠).
(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٣٠)، «الإشراف» (٨/ ١٠١).
(٦) ما بين القوسين ليس في (م).

لِلْأُصُولِ فِيهِ، وَإِذَا ذُكِرَتْ فِي غَيْرِهِ ذُكِرَتْ عَلَى أَنَّهَا أُصُولٌ، لِذَلِكَ كَانَ الْأَوْلَى ذِكْرُهَا فِي تِلْكَ الْكُتُبِ.

فَمِنْ ذَلِكَ:

٢٥٨٧ **اخْتِلَافُهُمْ** إِذَا زَوَّجَ السَّيِّدُ بِنْتَهُ مِنْ مُكَاتَبِهِ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ وَوَرِثَتْهُ الْبِنْتُ: فَقَالَ مَالِكٌ[(١)] وَالشَّافِعِيُّ[(٢)]: يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهَا مَلَكَتْ جُزْءًا مِنْهُ، وَمِلْكُ يَمِينِ الْمَرْأَةِ **مُحَرَّمٌ عَلَيْهَا بِإِجْمَاعٍ**.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَصِحُّ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّ الَّذِي وَرِثَتْ إِنَّمَا هُوَ مَالٌ فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَبِ لَا رَقَبَةَ الْمُكَاتَبِ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هِيَ أَحَقُّ بِكِتَابِ النِّكَاحِ.

وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

٢٥٨٨ **اخْتِلَافُهُمْ** إِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَعَلَيْهِ ديون وَبَعْضُ الْكِتَابَةِ، هَلْ يُحَاصُّ سَيِّدُهُ الْغُرَمَاءَ أَمْ لَا؟

فَقَالَ الْجُمْهُورُ[(٣)]: لَا[(٤)] يُحَاصُّ الْغُرَمَاءُ.

وَقَالَ شُرَيْحٌ[(٥)]، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى[(٦)]، وجماعة: يَضْرِبُ السَّيِّدُ مَعَ الْغُرَمَاءِ.

٢٥٨٩ وَكَذَلِكَ **اخْتَلَفُوا** إِذَا أَفْلَسَ [م/٢٦٨ظ] وَعَلَيْهِ دُيُون تَغْتَرِفُ مَا بِيَدِهِ؛ هَلْ يَتَعَدَّى ذَلِكَ إِلَى رَقَبَتِهِ أَمْ لَا؟

فَقَالَ: مَالِكٌ[(٧)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٨)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٩)]: لَا سَبِيلَ لَهُمْ إِلَى رَقَبَتِهِ.

وَقَالَ الثَّوْرِيُّ[(١٠)]، وَأَحْمَدُ[(١١)]: يَأْخُذُونَهُ إِلَّا أَنْ يَفْتَكَّهُ السَّيِّدُ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٨١).
(٢) «مغني المحتاج» (٦/ ٥١٠).
(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٨٣).
(٤) من (م).
(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٨٣).
(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٨٣).
(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٨٠).
(٨) «روضة الطالبين» (١٢/ ٢٧١).
(٩) «المبسوط» (٧/ ٢١٢).
(١٠) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٨٠).
(١١) «المغني» (٤/ ٤٥٤).

[٢٥٨٩/...] وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ عَنْ عَقْلِ الْجِنَايَاتِ أَنَّهُ يُسَلَّمُ فِيهَا إِلَّا أَنْ يَعْقِلَ عَنْهُ سَيِّدُهُ.

وَالْقَوْلُ فِي هَلْ يُحَاصُّ سَيِّدُهُ الْغُرَمَاءَ أَوْ لَا يُحَاصُّ هُوَ مِنْ **كِتَابِ التَّفْلِيسِ**، وَالْقَوْلُ فِي جِنَايَتِهِ: هُوَ مِنْ بَابِ الْجِنَايَاتِ. [ب/٤٢٣و]

وَمِنْ مَسَائِلِ الْأَقْضِيَةِ الَّتِي هِيَ فُرُوعٌ فِي هَذَا الْبَابِ، وَأَصْلٌ فِي **بَابِ الْأَقْضِيَةِ**:

٢٥٩٠ **اخْتِلَافُهُمْ** فِي الْحُكْمِ عِنْدَ اخْتِلَافِ السَّيِّدِ وَالْمُكَاتَبِ فِي مَالِ الْكِتَابَةِ[(١)]:

فَقَالَ مَالِكٌ[(٢)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٣)]: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٤)]، وَمُحَمَّدٌ، وَأَبُو يُوسُفَ[(٥)] [أ/٤٧٧ظ] يَتَحَالَفَانِ وَيَتَفَاسَخَانِ قِيَاسًا عَلَى الْمُتَبَايِعَيْنِ.

وَفُرُوعُ هَذَا الْبَابِ كَثِيرَةٌ، لَكِنَّ الَّذِي حَضَرَ مِنْهَا الْآنَ فِي الذِّكْرِ هُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَمَنْ وَقَعَتْ لَهُ مِنْ هَذَا الْبَابِ مَسَائِلُ مَشْهُورَةٌ، (الَّتِي وَقَعَ الِاخْتِلَافُ)[(٦)] فِيهَا بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ (وَهِيَ قَرِيبَةٌ مِنَ الْمَسْمُوعِ)[(٧)]، فَيَنْبَغِي أَنْ تُثْبَتَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ **إِذْ كَانَ الْقَصْدُ إِنَّمَا هُوَ إِثْبَاتَ الْمَسَائِلِ الْمَشْهُورَةِ الَّتِي وَقَعَ الْخِلَافُ فِيهَا بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ مَعَ الْمَسَائِلِ الْمَنْطُوقِ بِهَا فِي الشَّرْعِ، وَهِيَ الَّتِي تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْأُصُولِ مِنَ الْمَسْكُوتِ عَنْهَا فِي الشَّرْعِ.**

وَذَلِكَ: أَنَّ قَصْدَنَا فِي هَذَا الْكِتَابِ، كَمَا قُلْنَا غَيْرَ مَرَّةٍ: إِنَّمَا هُوَ أَنْ نُثْبِتَ

---

(١) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «المكاتب».
(٢) «الاستذكار» (٢٣/)، «الذخيرة» (١١/ ٣٠٠).
(٣) «الاختيار» (٣/ ١٣٥).
(٤) «روضة الطالبين» (١٢/)، «الحاوي الكبير» (١٨/ ٢٢).
(٥) «الاختيار» (٣/ ١٣٥).
(٦) في (م): «الخلاف».
(٧) ليست في (م).

الْمَسَائِلَ الْمَنْطُوقَ بِهَا فِي الشَّرْعِ الْمُتَّفَقَ عَلَيْهَا وَالْمُخْتَلَفَ فِيهَا، وَنَذْكُرُ مِنَ الْمَسَائِلِ الْمَسْكُوتِ عَنْهَا الَّتِي شُهِرَ الْخِلَافُ فِيهَا بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ؛ فَإِنَّ مَعْرِفَةَ هَذَيْنِ الصِّنْفَيْنِ مِنَ الْمَسَائِلِ هِيَ الَّتِي تَجْرِي لِلْمُجْتَهِدِ مَجْرَى الْأُصُولِ فِي الْمَسْكُوتِ عَنْهَا وَفِي النَّوَازِلِ الَّتِي لَمْ يَشْتَهِرِ الْخِلَافُ فِيهَا بَيْنَ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ سَوَاءٌ نُقِلَ فِيهَا مَذْهَبٌ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَوْ لَمْ يُنْقَلْ[1].

وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ مَنْ تَدَرَّبَ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ، وَفَهِمَ أُصُولَ الْأَسْبَابِ الَّتِي أَوْجَبَتْ خِلَافَ الْفُقَهَاءِ فِيهَا ـ أَعْنِي: أَنْ يَقُولَ مَا يَجِبُ فِي نَازِلَةٍ مِنَ النَّوَازِلِ ـ أَعْنِي: أَنْ يَكُونَ الْجَوَابُ فِيهَا عَلَى مَذْهَبِ فَقِيهٍ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ؛ أَعْنِي: فِي الْمَسْأَلَةِ الْوَاحِدَةِ بِعَيْنِهَا ـ وَيُعْلَمُ حَيْثُ خَالَفَ ذَلِكَ الْفَقِيهُ أَصْلَهُ وَحَيْثُ لَمْ يُخَالِفْ، وَذَلِكَ إِذَا نُقِلَ عَنْهُ فِي ذَلِكَ فَتْوَى.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُنْقَلْ فِي ذَلِكَ فَتْوَى أَوْ لَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ النَّاظِرَ فِي هَذِهِ الْأُصُولِ: فَيُمْكِنُهُ أَنْ يَأْتِيَ بِالْجَوَابِ بِحَسَبِ أُصُولِ الْفَقِيهِ الَّذِي بَقِيَ[2] عَلَى مَذْهَبِهِ، وَبِحَسَبِ الْحَقِّ الَّذِي يُؤَدِّيهِ إِلَيْهِ اجْتِهَادُهُ.

وَنَحْنُ نَرُومُ إِنْ شَاءَ اللهُ، بَعْدَ فَرَاغِنَا مِنْ هَذَا الْكِتَابِ أَنْ نَضَعَ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ [أ/٤٧٨و] كِتَابًا جَامِعًا لِأُصُولِ مَذْهَبِهِ وَمَسَائِلِهِ الْمَشْهُورَةِ، الَّتِي تَجْرِي فِي مَذْهَبِهِ مَجْرَى الْأُصُولِ لِلتَّفْرِيعِ عَلَيْهَا.

وَهَذَا هُوَ الَّذِي عَمِلَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي «الْمُدَوَّنَةِ»، فَإِنَّهُ جَاوَبَ فِيمَا لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ فِيهَا قَوْلُ مَالِكٍ [ب/٤٢٣ظ] عَلَى قِيَاسِ مَا كَانَ عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ الْجِنْسِ مِنْ مَسَائِلِ مَالِكٍ الَّتِي هِيَ فِيهَا[3] جَارِيَةٌ مَجْرَى الْأُصُولِ[4]، لِمَا جُبِلَ عَلَيْهِ النَّاسُ مِنَ الِاتِّبَاعِ[5] وَالتَّقْلِيدِ فِي الْأَحْكَامِ وَالْفَتْوَى، بَيْدَ أَنَّ فِي قُوَّةِ هَذَا الْكِتَابِ أَنْ

(١) فيه بيان منهج الكتاب من المصنف نفسه، فليتأمل ذلك.
(٢) في المطبوع: «يفتي».
(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «منه».
(٤) نصٌّ من المصنف يبين فيه: موضوع كتاب سحنون.
(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «الاقناع».

يَبْلُغَ بِهِ الْإِنْسَانُ ـ كَمَا قُلْنَا رُتْبَةَ الِاجْتِهَادِ إِذَا تَقَدَّمَ، فَعَلِمَ مِنَ اللُّغَةِ الْعَرَبِيَّةِ، وَعَلِمَ مِنْ أُصُولِ الْفِقْهِ مَا يَكْفِيهِ فِي ذَلِكَ، وَلِذَلِكَ رَأَيْنَا أَنَّ (أَخَصَّ الْأَسْمَاءِ)[١] بِهَذَا الْكِتَابِ هو[٢] أَنْ نُسَمِّيَهُ كِتَابَ: (بِدَايَةِ[٣] الْمُجْتَهِدِ وَكِفَايَةِ الْمُقْتَصِدِ)[٤].

۞ ۞ ۞

(١) في (م): «نخص الاسم».
(٢) في (م): «وهو».
(٣) في (م): «نهاية».
(٤) نصٌّ من المصنف يبين فيه: اسم كتابه.

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا وَمَوْلَانَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا)(١)

كِتَابُ التَّدْبِيرِ(٢)

والنظَرِ فِي التَّدْبِيرِ:

فِي أَرْكَانِهِ.

وَفِي أَحْكَامِهِ.

أَمَّا الْأَرْكَانُ:

فَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

الْمَعْنَى، وَاللَّفْظُ، [م/٢٦٩و] (وَالْمُدَبِّرُ، وَالْمُدَبَّرُ)(٣).

وَأَمَّا الْأَحْكَامُ:

فَصِنْفَانِ:

أَحْكَامُ الْعَقْدِ، وَأَحْكَامُ الْمُدَبَّرِ.

الرُّكْنُ الْأَوَّلُ:

فَنَقُولُ:

٢٥٩١ **أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ** عَلَى جَوَازِ التَّدْبِيرِ(٤).

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) التّدبير: عتق العبد عن دبر، وهو أن يُعتَق بعد موت صاحبه. «أنيس الفقهاء»: (٦٠).

(٣) كذا في (م)، وفي (أ): «المدبر به»، وفي (ب): «المدبر».

(٤) حكى الإجماع على ذلك: ابن حزم فِي «مراتب الإجماع» (ص٢٦١)، والقرافي فِي «الذخيرة» (١١/ ٢٠٩)، وابن قدامة فِي «المغني» (١٤/ ٤١٢).

وَهُوَ أَنْ يَقُولَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي، أَوْ يُطْلِقَ فَيَقُولُ: أَنْتَ مُدَبَّرٌ، وَهَذَانِ عِنْدَهُمْ هما ألفاظ التَّدْبِيرِ بِاتِّفَاقٍ.

٢٥٩٢ وَالنَّاسُ فِي التَّدْبِيرِ وَالْوَصِيَّةِ عَلَى صِنْفَيْنِ:

مِنْهُمْ: مَنْ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا.

وَمِنْهُمْ: مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ التَّدْبِيرِ وَالْوَصِيَّةِ؛ بِأَنْ جَعَلَ التَّدْبِيرَ لَازِمًا وَالْوَصِيَّةَ غَيْرَ لَازِمَةٍ.

وَالَّذِينَ فَرَّقُوا بَيْنَهُمَا:

[٢٥٩٢/...] اخْتَلَفُوا فِي مُطْلَقِ لَفْظِ الْحُرِّيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ؛ هَلْ يَتَضَمَّنُ مَعْنَى الْوَصِيَّةِ أَوْ حُكْمَ التَّدْبِيرِ؟

أَعْنِي: إِذَا قَالَ: (أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي:

فَقَالَ مَالِكٌ[١]: إِذَا قَالَ)[٢] وَهُوَ صَحِيحٌ: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ، وَيَجُوزُ رُجُوعُهُ فِيه (إِلَّا أَنْ يُرِيدَ)[٣] [أ/٤٧٨و] التَّدْبِيرَ.

(وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]: الظَّاهِرُ مِنْ هَذَا الْقَوْلِ التَّدْبِيرُ)[٥] وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ، وَبِقَوْلِ مَالِكٍ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ[٦].

وَبِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ـ قَالَ أَشْهَبُ[٧].

قَالَ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُنَالِكَ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى الْوَصِيَّةِ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ عَلَى سَفَرٍ أَوْ يَكُونَ مَرِيضًا، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْأَحْوَالِ الَّتِي جَرَتِ الْعَادَةُ أَنْ يَكْتُبَ النَّاسُ فِيهَا وَصَايَاهُمْ، عَلَى[٨] قَوْلِ مَنْ لَا يُفَرِّقُ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ وَالتَّدْبِيرِ ـ وَهُوَ

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٧٨)، «الذخيرة» (١١/ ٢٠٩)، «الاستذكار» (٧/ ٢٧٠).
(٢) ما بين القوسين ليس في (م).
(٣) مكانها بياض في (م).
(٤) «الاختيار» (٤/ ٢٨)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٣٧٠).
(٥) ما بين القوسين ليس في (أ).
(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٧٦).
(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٧٦).
(٨) في المطبوع: «فعلى».

الشَّافِعِيِّ[١] وَمَنْ قَالَ بِقَوْلِهِ ـ هَذَا اللَّفْظُ هُوَ مِنْ أَلْفَاظِ صَرِيحِ التَّدْبِيرِ.

وَأَمَّا عَلَى مَذْهَبِ مَنْ يُفَرِّقُ:

فَهُوَ إِمَّا مِنْ كِنَايَاتِ التَّدْبِيرِ، وَإِمَّا لَيْسَ مِنْ كِنَايَاتِهِ وَلَا مِنْ صَرِيحِهِ.

وَذَلِكَ أَنَّ مَا يَحْمِلُهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ:

فَلَيْسَ[٢] عِنْدَهُ مِنْ كِنَايَاتِهِ (وَلَا مِنْ صَرِيحِهِ.

وَمَنْ يَحْمِلُهُ عَلَى التَّدْبِيرِ وَينويه فِي الْوَصِيَّةِ: فَهُوَ عِنْدَهُ مِنْ كِنَايَاتِهِ)[٣].

وَأَمَّا الْمُدَبَّرُ[٤]:

٢٥٩٣ فَإِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الَّذِي يَقْبَلُ هَذَا الْعَقْدَ، هُوَ كُلُّ عَبْدٍ صَحِيحِ [ب/ ٤٢٤و] الْعُبُودِيَّةِ لَيْسَ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ سَوَاءٌ مُلِكَ[٥] كُلُّهُ أَوْ بَعْضُهُ.

٢٥٩٤ **وَاخْتَلَفُوا** فِي حُكْمِ مِنْ مَلَكَ بَعْضًا فَدَبَّرَهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٦]: يَجُوزُ ذَلِكَ، وَلِلَّذِي لَمْ يُدَبِّرْ حَظَّهُ **خِيَارَانِ**:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَتَقَاوَمَاهُ، فَإِنِ اشْتَرَاهُ الَّذِي دَبَّرَهُ كَانَ تَدْبِيرًا[٧] كُلَّهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِهِ (انْتَقَضَ التَّدْبِيرُ)[٨].

وَالْخِيَارُ الثَّانِي: أَنْ يُقَوِّمَهُ عَلَيْهِ[٩] الشَّرِيكُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[١٠]: لِلشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يُدَبِّرْ ثَلَاثَ خِيَارَاتٍ:

[أ] إِنْ شَاءَ اسْتَمْسَكَ بِحِصَّتِهِ.

---

(١) «المهذب» (٢/ ٣٨٥)، «البيان» (٨/ ٣٨٤).

(٢) في (م): «فهو». (٣) ما بين القوسين ليس في (م).

(٤) بصيغة اسم المفعول، أي: العبد.

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ملكه».

(٦) «الذخيرة» (١١/ ٢١٧)، «الاستذكار» (٢٣/ ٢٧٦).

(٧) في (م): «تدبره». (٨) مكانها بياض في (م).

(٩) ليست في (م).

(١٠) «بدائع الصنائع» (٥/ ٣٧٠)، «الهداية» (١/ ٣٥٠).

[ب] وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ فِي قِيمَةِ الْحِصَّةِ الَّتِي لَهُ فِيهِ.

[ج] وَإِنْ شَاءَ قَوَّمَهَا عَلَى شَرِيكِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا اسْتَسْعَى الْعَبْدَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١): يَجُوزُ التَّدْبِيرُ وَلَا يَلْزَمُ شَيْءٌ مِنْ هَذَا كُلِّهِ، وَيَبْقَى الْعَبْدُ الْمُدَبَّرُ نِصْفُهُ أَوْ ثُلُثُهُ عَلَى مَا هُوَ عَلَيْهِ، فَإِذَا مَاتَ مُدَبِّرُهُ عُتِقَ مِنْهُ ذَلِكَ الْجُزْءُ وَلَمْ يُقَوَّمِ النصف الْبَاقِي مِنْهُ عَلَى السَّيِّدِ عَلَى مَا يُفْعَلُ فِي سُنَّةِ الْعِتْقِ؛ لِأَنَّ الْمَالَ قَدْ صَارَ لِغَيْرِهِ وَهُمُ الْوَرَثَةُ.

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هِيَ مِنَ الْأَحْكَامِ لَا مِنَ الْأَرْكَانِ [أ/٤٧٩و] - أَعْنِي: أَحْكَامَ الْمُدَبَّرِ - فَلْتُثْبَتْ فِي الْأَحْكَامِ.

وَأَمَّا الْمُدَبِّرُ(٢):

٢٥٩٥ **فَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ مِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ مَالِكًا تَامَّ الْمِلْكِ، غَيْرَ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ؛ سَوَاءٌ أَكَانَ صَحِيحًا أَوْ مَرِيضًا.

وَأَنَّ مِنْ شَرْطِهِ: أَنْ لَا يَكُونَ مِمَّنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ:

[٢٥٩٥/أ] لِأَنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ يُبْطِلُ التَّدْبِيرَ(٣).

[٢٥٩٥/ب] وَاخْتَلَفُوا فِي تَدْبِيرِ السَّفِيهِ.

فَهَذِهِ هِيَ أَرْكَانُ هَذَا الْكِتَابِ.

وَأَمَّا أَحْكَامُهُ:

فَأُصُولُهَا رَاجِعَةٌ إِلَى أَجْنَاسٍ خَمْسَةٍ:

أَحَدُهَا:

---

(١) «البيان» (٨/ ٣٩٥)، «الحاوي» (٢٢/ ١٤٧).

(٢) بصيغة اسم الفاعل، أي: السيد.

(٣) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٣)، وابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص٢٦١).

مِمَّا يَخْرُجُ الْمُدَبَّرُ، هَلْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ أَوِ الثُّلُثِ؟

وَالثَّانِي:

مَا يَبْقَى فِيهِ مِنْ أَحْكَامِ الرِّقِّ مِمَّا لَيْسَ يَبْقَى فِيهِ ـ أَعْنِي: مَا دَامَ مُدَبَّرًا ـ.

وَالثَّالِثُ:

مَا يَتْبَعُهُ فِي الْحُرِّيَّةِ مِمَّا لَيْسَ يَتْبَعُهُ.

وَالرَّابعُ:

مُبْطِلَاتُ التَّدْبِيرِ الطَّارِئَةُ عَلَيْهِ.

وَالْخَامِسُ:

فِي أَحْكَامِ تَبْعِيضِ التَّدْبِيرِ.

الْجِنْسُ الْأَوَّلُ:

٢٥٩٦ وَأَمَّا[١] مِمَّا يُخْرَجُ الْمُدَبَّرُ، إِذَا مَاتَ الْمُدَبِّرُ[٢]:

فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ:

فَذَهَبَ الْجُمْهُورُ إِلَى أَنَّهُ يُخْرَجُ مِنَ الثُّلُثِ[٣].

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: هُوَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، مُعْظَمُهُمْ أَهْلُ الظَّاهِرِ[٤].

فَمَنْ رَأَى أَنَّهُ مِنَ الثُّلُثِ:

شَبَّهَهُ بِالْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ يَقَعُ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَقَدْ رُوِيَ حَدِيثٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ [م/٢٦٩ظ] أَنَّهُ قَالَ: «**الْمُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ**»[٥].

---

(١) قوله: (وأما) مقحم، لا استعمال له في التركيب.

(٢) من (م).

(٣) «الأوسط» (١١/ ٥٩٧).

(٤) «الأوسط» (١١/ ٥٩٧).

(٥) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٤)، والعقيلي في «الضعفاء» (٣/ ٢٣٤)، والطبراني في «الكبير» (١٢/ ٢٨١، رقم: ١٣٣٦٥)، وابن عدي في «الكامل» (٥/ ١٨٨)، =

= والدارقطني (٤/ ١٣٨)، والبيهقي (١٠/ ٣١٤)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (١١/ ٤٤٣ ـ ٤٤٤)، والمزي في «تهذيب الكمال» (٢٠/ ٥٠١) من طريقِ عليِّ بْنِ ظَبْيان، عَنْ عُبَيد الله بْنِ عُمَرَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ؛ قَالَ: قَالَ رسولُ الله ﷺ: **«المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ»**.

وأخرجه الشافعي في «الأم» (٨/ ١٨) قال: «أخبرنا عليُّ بنُ ظبيان، عن عبيد الله بْنِ عُمَرَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابن عمر موقوفًا».

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «قَالَ عَلِيُّ بْنُ ظَبْيَانَ كُنْت أَخَذْته مَرْفُوعًا، فَقَالَ لِي أَصْحَابِي: لَيْسَ بِمَرْفُوعٍ هُوَ مَوْقُوفٌ عَلَى ابْنِ عُمَرَ فَوَقَفْته».

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالْحُفَّاظُ الَّذِينَ يُحَدِّثُونَهُ يَقِفُونَهُ عَلَى ابْنِ عُمَرَ، وَلَا أَعْلَمُ مَنْ أَدْرَكْت مِنَ الْمُفْتِينَ اخْتَلَفُوا فِي أَنَّ الْمُدَبَّرَ وَصِيَّةٌ مِنَ الثُّلُثِ».

قَالَ الرَّبِيعُ: لِلشَّافِعِيِّ فِي الْمُدَبَّرِ قَوْلَانِ: **أَحَدُهُمَا**، إِنَّهُ إِذَا دَبَّرَهُ، ثُمَّ رَجَعَ فِيهِ بِاللِّسَانِ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ التَّدْبِيرِ حَتَّى يُخْرِجَهُ مِنْ مِلْكِهِ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ، أَوْ صَدَقَةٍ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَخْرَجَ الْمُدَبَّرَ مِنْ مِلْكِ صَاحِبِهِ وَلَا يُخْرِجُهُ مِنْ تَدْبِيرِهِ حَتَّى يُخْرِجَهُ كَمَا أَخْرَجَهُ النَّبِيُّ ﷺ. **وَالْقَوْلُ الثَّانِي**: إِنَّهُ وَصِيَّةٌ مِنَ الْوَصَايَا يَرْجِعُ فِيهِ بِاللِّسَانِ كَمَا يَرْجِعُ فِي الْوَصِيَّةِ، وَهَذَا أَصَحُّ الْقَوْلَيْنِ عِنْدِي».

وقال البيهقي: «والصَّحيح موقوفٌ، كما رواه الشافعي».

وذكر الخطيب في «تاريخ بغداد» (١١/ ٤٤٤) عن عبد الله بن علي بن المديني قال: «سمعتُ أبي يقول: كان علي بن ظبيان حدَّثنا بثلاثة أحاديثَ مناكير كلها...»، ثم ذكر منها هذا الحديثَ.

ثم قال علي بن المديني: «فسمعت معاذًا يذكره ـ يعني: عليَّ بن ظبيان ـ وقال ليحيى ـ يعني القطان ـ: إنه من أصحاب الحديث، وإنه! فنظر إلى يحيى فقال: هذا يروي عن عبيد الله، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ يبلغُ به: **«المُدبَّر من الثُّلث»**، فانتفض يحيى حتى سقطت قَلَنْسُوَتُهُ من رأسه، فقال معاذ: يا أبا سفيان، وأنت لم تسمع هذا من عبيد الله؟ فنظر إليَّ يحيى وغمزني، أي: لا يبصر الحديث».

وقال ابن مُحْرِز: حدَّثنا يحيى بن معين، وقيل له: علي بن ظبيان؟ فقال: كذابٌ خبيث، ليس بثقة. وسألت يحيى بن معين عن ابن ظبيان مرَّة أخرى؟ فقال: قد سمعت منه بالكوفة، وهو كوفي، كان قاضيَ الشرقية. فقلت له: يحدث بحديث منكر! فقال: ما هو؟ قلت: عن عبيد الله، قال: نعم! عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، =

إِلَّا أَنَّهُ أَثَرٌ ضَعِيفٌ عِنْدَ أَهْلِ الْحَدِيثِ؛ لِأَنَّهُ رَوَاهُ [عَلِيُّ بْنُ ظَبْيَانَ](١)، عَنْ عُبيد(٢) اللهِ [ب/ ٤٢٤ظ] بْنِ عُمَرَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ)(٣).

وَعَلِيُّ بْنُ ظَبْيَانَ: مَتْرُوكُ الْحَدِيثِ عِنْدَ أَهْلِ الْحَدِيثِ(٤).

وَمَنْ رَآهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ: شَبَّهَهُ بِالشَّيْءِ يُخْرِجُهُ الْإِنْسَانُ مِنْ مَالِهِ فِي

= عن النبي ﷺ قال: «**المُدبَّر من الثُّلث**»، قد سمعته منه. قلت: حدثكم به؟ قال: نعم، سمعته منه، وليس هو بشيء».
«تاريخ بغداد» (١١/ ٤٤٤).
وقال ابن أبي حاتم في «علل الحديث» (٢٨٠٣): «وسُئِلَ أَبُو زُرْعَةَ عَنْ حديثٍ رَوَاهُ عليُّ بْنُ ظَبْيان، عَنْ عُبَيد الله بْنِ عُمَرَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ قَالَ: قَالَ رسولُ الله ﷺ: **المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ**؟
فَقَالَ أَبُو زُرْعَةَ: «هَذَا حديثٌ باطِلٌ» وَامْتَنَعَ مِنْ قِرَاءَتِهِ.
قلتُ: يَرْوِي خالدُ بنُ إِلْيَاسَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابن عمر؛ قال: «المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ»؛ قولَ ابنِ عمر».
وقال العقيلي: «علي بن ظبيان، عن عبيد الله بن عمر، منكر الحديث»، ولما أخرج له هذا الحديث؛ قال: «ولا يعرف إلا به».
وقال ابن عدي: «وإنما يذكر علي بن ظبيان بهذين الحديثين لما رفعهما، والثقاتُ قد أوقفوهما».
وقال الدارقطني في «العلل» (٦/ ٣٢٢): «يرويه عبيد الله بن عمر وأيوب، واختُلف عنهما: فرواه علي بن ظبيان، عن عبيد الله عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، عن النبي ﷺ، وغيره يرويه عن عبيد الله موقوفًا. ورواه عبيدة بن حسان، عَنْ أَيُّوبَ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابن عمر، عن النبي ﷺ مرفوعًا، وغيره يرويه موقوفًا، والموقوفُ أصح».

(١) كذا في (م)، وهو الصواب. والذي في (أ): «عن ظبيان»، وفي (ب): «علي عن ظبيان»، وهو تصحيفٌ.

(٢) بالتصغير.

(٣) في المطبوع: «علي بن ظبيان، عن نافع، عن عبد الله بن عمر». وهو تحريفٌ.

(٤) قال أبو حاتم، والنسائي: متروك الحديث. وقال أبو زرعة: واهي الحديث جدًّا. وقال يحيى بن معين: كذاب خبيث. وقال مرةً هو وأبو داود: ليس بشيء. وقال الدارقطني: ضعيف.
«ميزان الاعتدال»: (٤/ ١٣٤).

حَيَاتِهِ فَأَشْبَهَ[١] الْهِبَةَ.

٢٥٩٧ وَاخْتَلَفَ الْقَائِلُونَ بِأَنَّهُ مِنَ الثُّلُثِ فِي فُرُوعٍ:

وَهُوَ إِذَا دَبَّرَ الرَّجُلُ غُلَامًا لَهُ فِي صِحَّتِهِ، وَأَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ عَنْهُ غُلَامًا آخَرَ، فَضَاقَ الثُّلُثُ عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا:

فَقَالَ مَالِكٌ[٢]: يُقَدَّمُ الْمُدَبَّرُ لِأَنَّهُ كَانَ فِي الصِّحَّةِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٣]: يُقَدَّمُ الْمُعْتَقُ الْمُبَتَّلُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ رَدُّهُ.

وَمِنْ أَصْلِهِ أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَهُ رَدُّ التَّدْبِيرِ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ هِيَ أَحَقُّ بِكِتَابِ الْوَصَايَا.

وَأَمَّا **الْجِنْسُ الثَّانِي**:

فَأَشْهَرُ مَسْأَلَةٍ فِيهِ:

٢٥٩٨ هَلْ [أ/٤٧٩ظ] لِلْمُدَبِّرِ أَنْ يَبِيعَ الْمُدَبَّرَ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ[٤]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٥]، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ: لَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَبِيعَ مُدَبَّرَهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٦]، وَأَحْمَدُ[٧]، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ[٨]، وَأَبُو ثَوْرٍ[٩]: لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فَيَبِيعَ مُدَبَّرَهُ.

وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ[١٠]: لَا يُبَاعُ إِلَّا مِنْ رَجُلٍ يُرِيدُ عِتْقَهُ.

---

(١) في (م): «فأثبت».

(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٢)، «المدونة» (٢/ ٣٢٥).

(٣) «الأم» (٨/ ١٨)، «الحاوي» (٨/ ١٩٣).

(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٢)، «الشرح الصغير» (٤/ ٢٧٠)، «المقدمات» (٣/ ١٩١).

(٥) «الأصل» (٥/ ١٦٧).

(٦) «الأم» (٨/ ١٨)، «الحاوي الكبير» (٨/ ١٩٣)، «البيان» (٨/ ٣٨).

(٧) «كشاف القناع» (١٠/ ٤٨٥). (٨) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٣).

(٩) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٣)، «الأوسط» (١١/ ٥٦٥).

(١٠) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٣)، «الأوسط» (١١/ ٥٦٥).

[٢٥٩٨/أ] وَاخْتَلَفَ أَبُو حَنِيفَةَ، (وَمَالِكٌ مِنْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ)[١] فِي فُرُوعٍ:

وَهُوَ[٢] إِذَا بِيعَ فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي:

فَقَالَ مَالِكٌ[٣]: يَنْفُذُ الْعِتْقُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالْكُوفِيُّونَ[٤]: الْبَيْعُ مَفْسُوخٌ سَوَاءٌ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ لَمْ يُعْتِقْهُ وَهُوَ أَقْيَسُ مِنْ جِهَةِ أَنَّهُ مَمْنُوعٌ عِبَادَةً[٥].

فَعُمْدَةُ مَنْ أَجَازَ بَيْعَهُ:

مَا ثَبَتَ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ مُدَبَّرًا»[٦]. وَرُبَّمَا شَبَّهُوهُ بِالْوَصِيَّةِ.

وَأَمَّا عُمْدَةُ الْمَالِكِيَّةِ:

فَعُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، ولِأَنَّهُ عِتْقٌ إِلَى أَجَلٍ فَأَشْبَهَ أُمَّ الْوَلَدِ أَوْ أَشْبَهَ الْعِتْقَ الْمُطْلَقَ.

فَكَانَ سَبَبُ الِاخْتِلَافِ هَاهُنَا:

مُعَارَضَة الْقِيَاسِ لِلنَّصِّ، أَوِ[٧] الْعُمُومِ لِلْخُصُوصِ.

[٢٥٩٨/ب] وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ: أَنَّ الْمُدبَّرَ أَحْكَامُهُ فِي حُدُودِهِ وَطَلَاقِهِ وَشَهَادَاتِهِ وَسَائِرِ أَحْكَامِهِ أَحْكَامُ الْعَبْدِ[٨].

[٢٥٩٨/ج] وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي جَوَازِ وَطْءِ الْمُدَبَّرَةِ:

---

(١) مكانها بياض في (م).

(٢) كذا في جميع النسخ. والأَوْلَى: «ومنها».

(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٢)، «المدونة» (٢/ ٣٢٥).

(٤) «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٠٤).

(٥) من (م).

(٦) أخرجه البخاري (٢٥٣٤)، ومسلم (٩٩٧).

(٧) في (م): «و».

(٨) ينظر: «الإجماع»، لابن المنذر: (ص١١١).

فَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ عَلَى جَوَازِ وَطْئِهَا(١).

وَرُوِيَ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ(٢): مَنْعُ ذَلِكَ.

وَعَنِ الْأَوْزَاعِيِّ(٣): كَرَاهَةُ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَطِئَهَا قَبْلَ التَّدْبِيرِ.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ: تَشْبِيهُهَا بِأُمِّ الْوَلَدِ.

وَمَنْ لَمْ يُجِزْ ذَلِكَ شَبَّهَهَا بِالْمُعْتَقَةِ إِلَى أَجَلٍ، وَمَنْ مَنَعَ وَطْءَ الْمُعْتَقَةِ إِلَى أَجَلٍ شَبَّهَهَا بِالْمُنْكَحَةِ(٤) إِلَى أَجَلٍ، وَهِيَ الْمُتْعَةُ.

[٢٥٩٨/د] وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ لِلسَّيِّدِ [ب/٤٢٥و] فِي الْمُدَبَّرِ الْخِدْمَةَ. وَلِسَيِّدِهِ أَنْ يَنْتَزِعَ مَالَهَا مِنْها مَتَى شَاءَ كَالْحَالِ فِي الْعَبْدِ(٥).

قَالَ مَالِكٌ(٦): إِلَّا أَنْ يَمْرَضَ مَرَضًا مَخُوفًا، فَيُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ.

الْجِنْسُ الثَّالِثُ:

فَأَمَّا مَا يَتْبَعُهُ فِي التَّدْبِيرِ مِمَّا لَا يَتْبَعُهُ، فَإِنَّ مَسَائِلَهم الْمَشْهُورَةَ فِي هَذَا الْبَابِ:

٢٥٩٩ اخْتِلَافُهُمْ فِي وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ الَّذِينَ تَلِدُهُمْ بَعْدَ تَدْبِيرِ سَيِّدِهَا [أ/٤٨٠و] مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنًا:

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٨١).

(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٨١)، «الإشراف» (٢/ ٢٠٩). قال ابن المنذر: «قال أحمد: لا أعلم أحدًا كره ذلك إلا الزهري، قال: وصدق أحمد، لا أعلم أحدًا كره ذلك غير الزهري».
قال ابن عبد البر: «أظن الزهري تأول في ذلك ـ والله أعلم ـ قول ابن عمر: «لا يطأ الرجل وليدةً إلا وليدته، إن شاء باعها، وإن شاء وهبها، وإن شاء صنع بها ما شاء»، لم يبلغه أن ابن عمر كان يطأ مدبَّرته».
فكأن من كره وطء المدبَّرة شبَّهها بالمعتقة إلى أجل آتٍ لا محالة، والمعتقة إلى أجل قاسها الذي كره وطأها على نكاح المتعة؛ لأنه نكاح إلى أجل.

(٣) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٨٢).

(٤) في المطبوع: «المنكوحة».

(٥) ينظر: «المدونة»: (٤/ ٥٨٧)، «الذخيرة» (١٢/ ٢٢٠).

(٦) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٠).

فَقَالَ الْجُمْهُورُ(١): وَلَدُهَا بَعْدَ تَدْبِيرِهَا بِمَنْزِلَتِهَا يُعْتَقُونَ بِعِتْقِهَا(٢) وَيَرِقُّونَ بِرِقِّهَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٣) - فِي قَوْلِهِ الْمُخْتَارِ عِنْدَ أَصْحَابِهِ: إِنَّهُمْ لَا يُعْتَقُونَ بِعِتْقِهَا.

[٢٥٩٩/أ] وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا فِي حَيَاتِهِ:

أَنَّهُمْ يُعْتَقُونَ بِعِتْقِهَا(٤)

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيَّةِ:

أَنَّهُمْ إِذَا لَمْ يُعْتَقُوا فِي الْعِتْقِ الْمُنَجَّزِ، فَأَحْرَى أَنْ لَا يُعْتَقُوا فِي الْعِتْقِ الْمُؤَجَّلِ بِالشَّرْطِ.

وَاحْتَجَّ أَيْضًا **بِإِجْمَاعِهِمْ** عَلَى أَنَّ الْمُوصَى لَهَا بِالْعِتْقِ لَا يَدْخُلُ فِيهِ بَنُوهَا(٥).

وَالْجُمْهُورُ رَأَوْا أَنَّ لِلتَّدْبِيرِ حُرْمَةٌ مَا:

فَأَوْجَبُوا اتِّبَاعَ الْوَلَدِ تَشْبِيهًا بِالْكِتَابَةِ.

وَقَوْلُ الْجُمْهُورِ: مَرْوِيٌّ عَنْ عُثْمَانَ(٦)، وَابْنِ مَسْعُودٍ(٧) وَابْنِ عُمَرَ(٨).

وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ: مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ(٩)، وَعَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ(١٠) وَمَكْحُولٍ(١١).

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/٣٥٨). (٢) من (م).

(٣) «روضة الطالبين» (١٢/)، «الحاوي الكبير» (١٨/)، «مغني المحتاج» (٤/).

(٤) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٥)، وابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٣/٣٥٧)، وابن الهمام في «فتح القدير» (٥/٤٠ - ٤١).

(٥) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء»، للطحاوي: (٥/٦٠).

(٦) «الإشراف» (٢/٢١٤). (٧) «المغني» (١٤/٥٩٩).

(٨) «الاستذكار» (٢٣/٣٥٨). (٩) «الاستذكار» (٢٣/٣٥٨).

(١٠) «الإشراف» (٢/٢١٤). (١١) «المغني» (١٤/٥٩٩).

[٢٥٩٩/ب] وَتَحْصِيلُ مَذْهَبِ مَالِكٍ فِي هَذَا: أَنَّ كُلَّ امْرَأَةٍ فَوَلَدُهَا تابع لَهَا:

إِنْ كَانَتْ حُرَّةً فَحُرٌّ، وَإِنْ كَانَتْ مُكَاتَبَةً فَمُكَاتَبٌ، وَإِنْ كَانَتْ مُدَبَّرَةً فَمُدَبَّرٌ، أَوْ مُعْتَقَةً إِلَى أَجَلٍ فَمُعْتَقٌ (إِلَى أَجَلٍ)[١]، وَكَذَلِكَ أُمُّ الْوَلَدِ وَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا.

وَخَالَفَ[٢] فِي ذَلِكَ: أَهْلُ الظَّاهِرِ، وَكَذَلِكَ [م/ ٢٧٠و] الْمُعْتَقُ بَعْضُهُ عِنْدَ مَالِكٍ[٣].

٢٦٠٠ وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ:

عَلَى أَنَّ كُلَّ وَلَدٍ مِنْ تَزْوِيجٍ فَهُوَ تَابِعٌ لِأُمِّهِ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ، وَمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْعُقُودِ الْمُفْضِيَةِ إِلَى الْحُرِّيَّةِ، إِلَّا مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ مِنَ التَّدْبِيرِ وَمِنْ أَمَةٍ زَوْجُهَا عَرَبِيٌّ[٤].

٢٦٠١ وَأَجْمَعُوا:

عَلَى أَنَّ كُلَّ وَلَدٍ مِنْ مِلْكِ يَمِينٍ أَنَّهُ تَابِعٌ لِأَبِيهِ، إِنْ حُرًّا فَحُرٌّ، وَإِنْ عَبْدًا فَعَبْدٌ، وَإِنْ مُكَاتَبًا فَمُكَاتَبٌ[٥].

٢٦٠٢ وَاخْتَلَفُوا فِي الْمُدَبَّرِ إِذَا تَسَرَّى[٦] فَوُلِدَ لَهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٧]: حُكْمُهُ (حُكْمُ الْأَبِ)[٨] ـ يَعْنِي: أَنَّهُ مُدَبَّرٌ.

---

(١) من (م).

(٢) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «وخالفه». وكلاهما جائز، والمثبت أجود.

(٣) «الاستذكار» (٧/ ٢٢٨).

(٤) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٢)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (٧/ ٤٣٩)، وابن تيمية فِي «مجموع الفتاوى» (٣١/ ٣٧٦)، وابن الهمام فِي «فتح القدير» (٤/ ٤٥٦).

(٥) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص٩٥)، وابن حزم فِي «المحلى» (٨/ ٢٥٧)، وابن عبد البر فِي «الاستذكار» (٧/ ٤٣٩)، والعيني فِي «البناية» (٦/ ٣١).

(٦) مكانها بياض في (م).

(٧) «الإشراف» (٢/ ٢١٣)، «الاستذكار» (٧/ ٣٣٠).

(٨) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «كحكم الأمة».

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ(١)، وَأَبُو حَنِيفَةَ(٢): لَيْسَ يَتْبَعُهُ وَلَدُهُ فِي التَّدْبِيرِ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ:

الْإِجْمَاعُ عَلَى أَنَّ الْوَلَدَ مِنْ مِلْكِ الْيَمِينِ تَابِعٌ لِلْأَبِ مَا عَدَا الْمُدَبَّرَ، (وَهُوَ مِنْ بَابِ قِيَاسِ مَوْضِعِ الْخِلَافِ عَلَى مَوْضِعِ الْإِجْمَاعِ.

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيَّةِ:

أَنَّ وَلَدَ الْمُدَبَّرِ مَالٌ مِنْ مَالِهِ، وَمَالَ الْمُدَبَّرِ)(٣) لِلسَّيِّدِ انْتِزَاعُهُ مِنْهُ وَلَيْسَ يُسَلَّمُ لَهُ أَنَّهُ مَالٌ مِنْ مَالِهِ، وَيَتْبَعُهُ فِي الْحُرِّيَّةِ مَالُهُ عِنْدَ مَالِكٍ.

الْجِنْسُ الرَّابِعُ:

وَأَمَّا النَّظَرُ فِي تَبْعِيضِ التَّدْبِيرِ - فَقَدْ قُلْنَا [ب/ ٤٢٥ظ] فِيمَنْ دَبَّرَ حَظًّا لَهُ [أ/ ٤٨٠ظ] فِي عَبْدِهِ دُونَ أَنْ يُدَبِّرَ شَرِيكُهُ، وَنَقْلُهُ إِلَى هَذَا الْمَوْضِعِ أَوْلَى، فَلْيُنْقَلْ إِلَيْهِ.

وَأَمَّا مَنْ دَبَّرَ جُزْءًا مِنْ عَبْدٍ هُوَ لَهُ كُلُّهُ، فَإِنَّهُ يُقْضَى عَلَيْهِ بِتَدْبِيرِ الْكُلِّ، قِيَاسًا عَلَى مَنْ بَعَّضَ الْعِتْقَ، عِنْدَ مَالِكٍ [في رواية أخرى(٤).

٢٦٠٣ وَأَمَّا فِي الْوَصِيَّةِ:

فَعِنْدَهُ قَوْلَانِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا.

وَالْأَشْهَرُ فِي الْوَصِيَّةِ: أَلَّا يَقُومَ عَلَيْهِ.

وَإِنَّمَا لَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُ مَالِكٍ فِي التَّدْبِيرِ لَا لِمَنْ لَمْ يَرَ التَّقْوِيمَ عَامِدًا بَعْضَ التَّدْبِيرَ فِي حَيَاتِهِ لَمْ يُرَدَّ عَلَيْهِ بَعْدَ مَوْتِهِ](٥).

وَأَمَّا الْجِنْسُ الْخَامِسُ:

وَهُوَ مُبْطِلَاتُ التَّدْبِيرِ:

٢٦٠٤ فَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

---

(١) «الحاوي» (٢٢/ ٣٦٢)، «البيان» (٨/ ٥٢٤).

(٢) «فتح القدير» (٥/ ٤٠ - ٤١).

(٣) ما بين القوسين من (م).

(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٦).

(٥) ما بين المعكوفين ليس في المطبوع.

اخْتِلَافُهُمْ فِي إِبْطَالِ الدَّيْنِ لِلتَّدْبِيرِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(١)، وَالشَّافِعِيُّ(٢): الدَّيْنُ يُبْطِلُهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ(٣): لَيْسَ يُبْطِلُهُ وَيَسْعَى فِي الدَّيْنِ، وَسَوَاءٌ كَانَ الدَّيْنُ مُسْتَغْرِقًا لِلْقِيمَةِ أَوْ لِبَعْضِهَا.

وَمِنْ هَذَا الْبَابِ:

٢٦٠٥ **اخْتِلَافُهُمْ** فِي النَّصْرَانِيِّ يُدَبِّرُ عَبْدًا لَهُ نَصْرَانِيًّا، فَيُسْلِمُ الْعَبْدُ قَبْلَ مَوْتِ سَيِّدِهِ:

فَقَالَ الشَّافِعِيُّ(٤): يُبَاعُ عَلَيْهِ سَاعَةَ يُسْلِمُ وَيَبْطُلُ تَدْبِيرُهُ.

وَقَالَ مَالِكٌ(٥): يُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ وَيُخَارَجُ عَلَى سَيِّدِهِ النَّصْرَانِيِّ، وَلَا يُبَاعُ عَلَيْهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُ سَيِّدِهِ؛ فَإِنْ مَاتَ عُتِقَ الْمُدَبَّرُ مَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ. وَقَالَ الْكُوفِيُّونَ(٦): إِذَا أَسْلَمَ مُدَبَّرُ النَّصْرَانِيِّ قُوِّمَ وَسَعَى الْعَبْدُ فِي قِيمَتِهِ، وَمُدَبَّرُ الصِّحَّةِ يُقَدَّمُ عِنْدَ مَالِكٍ عَلَى مُدَبَّرِ الْمَرَضِ إِذَا ضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا.

(كَمُلَ كِتَابُ التَّدْبِيرِ، بِحَمْدِ اللهِ وَحُسْنِ عَوْنِهِ)(٧).

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٦٦).

(٢) «الحاوي الكبير» (١٨/ ٢٣٣).

(٣) «فتح القدير» (٥/ ٤٣).

(٤) «روضة الطالبين» (١٢/ ١٩٣)، «الحاوي الكبير» (١٨/ ٢٧١).

(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ٣٩٣)، «الشرح الصغير» (١١/ ١٦٧).

(٦) «بدائع الصنائع» (٦/ ٦٣).

(٧) من: (أ).

(بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيْمًا)[١]

كِتَابُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ[٢]

وَأُصُولُ هَذَا الْبَابِ النَّظَرُ:

هَلْ تُبَاعُ أُمُّ الْوَلَدِ أَمْ لَا؟

وَإِنْ كَانَتْ لَا تُبَاعُ فَمَتَى تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ؟

وَبِمَاذَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ؟

وَمَا يَبْقَى لِسَيِّدِهَا فِيهَا مِنْ أَحْكَامِ الْعُبُودِيَّةِ؟

وَمَتَى تَكُونُ حُرَّةً؟

٢٦٠٦ **فَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الأُولَى:**

فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ **اخْتَلَفُوا** فِيهَا سَلَفُهُمْ وَخَلَفُهُمْ:

فَالثَّابِتُ عَنْ عُمَرَ[٣] ﵁ أَنَّهُ قَضَى بِأَنَّهَا لَا تُبَاعُ وَأَنَّهَا حُرَّةٌ مِنْ رَأْسِ مَالِ سَيِّدِهَا إِذَا مَاتَ.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٢) الأم في اللغة: أصل الشيء، والجمع أُمَّات. وأصل أم: أمهة، ولذلك يجمع على أمهات. وقيل: الأمهات للناس، والأمات للنعم.
وأم الولد عبارة في اللغة عن كل من ولد لها ولد، وهي خاصةً في استعمال الفقهاء: بالأمة التي ولدت من سيدها، وجرت عادة الفقهاء بترجمة هذا الباب بالجمع، ولعل سبب ذلك تنويع الولد الذي تحصل به الحرية للأم، فقد يكون تام الخلقة، وقد لا يكون كذلك من مضغة وعلقة وغيرهما.
«شرح مختصر ابن الحاجب»، للشيخ خليل: (٨/ ٤٥٦).

(٣) «الاستذكار» (٧/ ٣٣٣).

وَرُوِيَ مِثْلُ ذَلِكَ عَنْ عُثْمَانَ، وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ التَّابِعِينَ وَجُمْهُورِ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ(١).

وَكَانَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ(٢) (وَعَلِيٌّ ـ رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمَا ـ)(٣) وَابْنُ عَبَّاسٍ(٤)، وَابْنُ الزُّبَيْرِ(٥)، وَجَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللهِ(٦)، وَأَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ(٧) ـ رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ ـ يُجِيزُونَ بَيْعَ أُمِّ الْوَلَدِ.

وَبِهِ قَالَتِ [أ/ ٤٨١و] الظَّاهِرِيَّةُ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ(٨).

وَقَالَ جَابِرٌ، وَأَبُو سَعِيدٍ: «كُنَّا نَبِيعُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ (وَالنَّبِيُّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ فِينَا لَا يَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا»(٩).

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٣٣٣).
(٢) «الاستذكار» (٧/ ٣٣٣).
(٣) من (م).
(٤) «الاستذكار» (٧/ ٣٣٣).
(٥) «الاستذكار» (٧/ ٣٣٣).
(٦) «الاستذكار» (٧/ ٣٣٣).
(٧) «الاستذكار» (٧/ ٣٣٣).
(٨) «الاستذكار» (٧/ ٣٣٣).
(٩) رواه بالمعنى، والحديث أخرجه أبو داود (٣٩٥٤)، وابن حبان (١٢١٦)، والحاكم (٢/ ٢٢)، والبيهقي (١٠/ ٣٤٧)، عن عطاء بن أبي رباح، عن جابر قال: بعنا أمهاتِ الأولادِ على عهدِ رسول الله ﷺ وأبي بكر، فلما كان عمر نهانا فانتهينا.
وقال النووي في «المجموع» (٢/ ٢٤٣): «إسناد صحيح».
وأخرجه عبد الرزاق (١٣٢١١) ـ ومن طريقه: ابن ماجه (٢٥١٧)، وأحمد (٣/ ٣٢١)، والدارقطني (٤/ ١٣٥)، والبيهقي (١٠/ ٣٤٨)، والشافعي في «السُّنن المأثورة» (٢٨٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٠٣٩ و٥٠٤٠) من طريق مكي بن إبراهيم، وأبي عاصم الضحاك بن مخلد.
وأبو يعلى (٢٢٢٩)، وابن حبان (٤٣٢٣) من طريق روح بن عبادة.
أربعتهم عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ قَالَ: أَخْبَرَنِي أبو الزبير، أنه سمع جابر بن عبد الله... فذكره.
قال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢٨٠٦): «وسألتُ أَبِي عَنْ حديثٍ رَوَاهُ الحَسَن بن زياد اللُّؤْلُؤِيُّ، عَنِ ابْنِ جُرَيْج، عَنْ أَبِي الزُّبَير، عن جابر بن عبد الله، قَالَ: كنَّا نَبيعُ سَرارِيَنا وأُمَّهاتِ أَوْلادِنَا عَلَى عَهْد رَسُول اللهِ ﷺ وَهُوَ حيٌّ بَيْنَ أظهُرنا، لا يُنكِرُ ذَلِكَ عَلَيْنَا؟
=

وَاحْتَجُّوا بِمَا رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ أَنَّهُ قَالَ: «كُنَّا نَبِيعُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ)(١) عَلَى عَهْدِ [م/ ٢٧٠ظ] رَسُولِ اللهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَصَدْرٍ(٢) مِنْ خِلَافَةِ [ب/ ٤٢٦و] عُمَرَ. ثُمَّ نَهَانَا عُمَرُ عَنْ بَيْعِهِنَّ»(٣).

وَمِمَّا اعْتَمَدَ عَلَيْهِ أَهْلُ الظَّاهِرِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ: النَّوْعُ مِنَ الِاسْتِدْلَالِ الَّذِي يُعْرَفُ **بِاسْتِصْحَابِ حَالِ الْإِجْمَاعِ**(٤).

وَذَلِكَ أَنَّهُمْ قَالُوا: لَمَّا انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ عَلَى أَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ قَبْلَ الْوِلَادَةِ، وَجَبَ أَنْ تَكُونَ كَذَلِكَ بَعْدَ الْوِلَادَةِ؛ إِلَّا أَنْ يَدُلَّ الدَّلِيلُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ.

وَقَدْ تَبَيَّنَ فِي كُتُبِ الْأُصُولِ(٥) ضَعْفُ(٦) هَذَا الِاسْتِدْلَالِ، وَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بِالْقِيَاسِ، (وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ بِحَسَبِ رَأْيِ مَنْ يُنْكِرُ الْقِيَاسَ(٧).

= فسمعتُ أَبِي يَقُولُ: هُوَ حديثٌ مُنكَرٌ، والحسنُ بنُ زِيَادٍ ضعيفُ الْحَدِيثِ، لَيْسَ بثقة ولا مأمون».
وأخرجه أحمد (٣/ ٢٢)، والحاكم (٢/ ٢٢ ـ ٢٣)، والنسائي في «الكبرى» (٣/ ١٩٩) من طريق شعبة عن زيد العمي عن أبي الصديق الناجي عن أبي سعيد الخدري قال. كنا نبيع أمهاتِ الأولاد على عهد رسول الله ﷺ.
زيد العميّ ضعيفٌ.
قَالَ الْحَاكِم كما في «البدر المنير» (٩/ ٧٥٩): صَحِيح.
قال ابن الملقن: «قلت: فِيهِ نظرٌ؛ فَإِنَّ فِي إِسْنَاده زيد الْعمي، وحالُه مَعْلُومَة بالضَّعفِ، لَا جرم رَوَاهُ النَّسَائِيُّ وَقَالَ: زيد الْعَمي لَيْسَ بِالْقَوِيِّ».

(١) ما بين القوسين ليس في (أ). (٢) مكانها بياض في (م).
(٣) تقدم تخريجُه.
(٤) استصحاب حال الإجماع: معناه: أن تجمع الأمة على حكم ثم يحدث بعد ذلك فيه شيء فيختلف فيه. فهل يستدام الإجماع إلى ذلك الوقت أم لا؟ ينظر: «التمهيد»، للكلوذاني (١/ ٣١).
(٥) ينظر: «اللمع»، للشيرازي: (ص١٢٢)، «البحر المحيط»، للزركشي: (٨/ ٢٠).
(٦) في (م): «قوة».
(٧) ينظر: «المحلى»، لابن حزم: (٧/ ٥٠٥).

وَرُبَّمَا احْتَجَّ عَلَيْهِم الْجُمْهُورُ بِمِثْلِ احْتِجَاجِهِمْ؛ وَهُوَ)[١] الَّذِي يَعْرِفُونَهُ بِمُقَابَلَةِ الدَّعْوَى بِالدَّعْوَى، وَذَلِكَ أَنَّهُمْ يَقُولُونَ: أَلَيْسَ تَعْتَرِفُونَ أَنَّ الْإِجْمَاعَ قَدِ انْعَقَدَ عَلَى مَنْعِ بَيْعِهَا فِي حَالِ حَمْلِهَا، فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ وَجَبَ أَنْ يَسْتَصْحِبَ حَالَ هَذَا الْإِجْمَاعِ بَعْدَ وَضْعِ الْحَمْلِ، إِلَّا أَنَّ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَهْلِ الظَّاهِرِ أَحْدَثُوا فِي هَذَا الْأَصْلِ نَقْضًا، وَذَلِكَ أَنَّهُمْ لَا يُسَلِّمُونَ مَنْعَ بَيْعِهَا حَامِلًا.

(وَالْأَشْبَهُ أَنْ يَقُولُوا: إِنَّ بَيْعَهَا إِنَّمَا مُنِعَ، لِأَنَّهُ مِنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ، وَاسْتِثْنَاءَ مَا فِي بَطْنِهَا)[٢].

وَمِمَّا اعْتَمَدَهُ الْجُمْهُورُ فِي هَذَا الْبَابِ مِنَ الآثار:

مَا رُوِيَ عَنْهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ «أَنَّهُ قَالَ فِي مَارِيَةَ سُرِّيَّتِهِ لَمَّا وَلَدَتِ ابْنَهُ إِبْرَاهِيمَ: «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**»[٣].

---

(١) ما بين القوسين مكانها بياض في (م).

(٢) ما بين القوسين من (م).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٥)، وأحمد (٤/ ٤٣٤)، وعبد الرزاق (١٣٢١٩)، وابن أبي شيبة ٦/ ٤٣٦، والدارمي (٢٥٧٤)، والدارقطني (٤/ ١٣٠ و١٣٠ ـ ١٣١)، والحاكم (٢/ ١٩)، والبيهقي (١٠/ ٣٤٦) من طريق حسين بن عبد الله، عن عكرمة، عن ابن عباس، به.
وأخرجه ابن حزم في «المحلى» (٩/ ١٨) من طريق عبيد الله بن عمرو الرقي، عن عبد الكريم الجزري، عن عكرمة، به.
وقال: «هذا خبر صحيح السند».
وجَوَّدَ إسناده الحافظُ ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٨٧).
وقال الحاكم: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه».
وتعقبه الذهبي فقال في «التلخيص»: حسين متروك».
ونقل ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ٤٦٤) تصحيح الحاكم، ثمَّ قال: «وفيه نظر قوي سيما رواية الدارقطني، لكن قال: له متابع لعله جابر لما في الأولى من الضعف ثم سبرته فوجدته يزيده وهنًا».
الحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن العباس بن عبد المطلب الهاشمي أبو عبد الله المدني.
=

وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا:

حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَإِنَّهَا حُرَّةٌ إِذَا مَاتَ**»[1].

وَكِلَا الْحَدِيثَيْنِ لَا يَثْبُتُ عِنْدَ أَهْلِ الْحَدِيثِ.

حَكَى ذَلِكَ أَبُو عُمَرَ بْنُ عَبْدِ الْبَرِّ[2] رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ هَذَا الشَّأْنِ.

وَرُبَّمَا قَالُوا أَيْضًا مِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى:

أَنَّهَا قَدْ وَجَبَتْ لَهَا (حُرْمَةٌ، وَهُوَ اتِّصَالُ الْوَلَدِ)[3] بِهَا، وَكَوْنُهُ بَعْضًا[4] مِنْهَا.

وَحَكَوْا هَذَا التَّعْلِيلَ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حِينَ رَأَى أَنْ لَا يُبْعَنَ، فَقَالَ: خَالَطَتْ لُحُومُنَا لُحُومَهُنَّ، (وَدِمَاؤُنَا دِمَاءَهُنَّ[5])[6].

٢٦٠٧ وَأَمَّا مَتَى تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ؟

= قال عنه الإمام أحمد: «له أشياء منكرة». وقال ابن معين: «ضعيف». وقال مرة: «ليس به بأس يكتب حديثه». وقال البخاري: «قال علي: تركت حديثه، وتركه أحمد أيضًا». وقال أبو زرعة: «ليس بقوي». وقال أبو حاتم: «ضعيف يكتب حديثه ولا يحتج به». وقال النسائي: «متروك».
وقال البيهقي: «حسين بن عبد الله بن عبيد الله الهاشمي ضعفه أكثر أصحاب الحديث».
وقال عبد الحق الإشبيلي في «الأحكام الوسطى» (٤/ ٢٣): «في إسناده: الحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن العباس وهو ضعيف».

(١) أخرجه ابن سعد (٨/ ٢١٥)، وأحمد (١/ ٣١٧، رقم: ٢٩١٢)، والدارقطني (٤/ ١٣٢)، والطبراني (١١/ ٢٠٩، رقم: ١١٥١٩)، والحاكم (٢/ ٢٣، رقم: ٢١٩١) وقال: صحيح الإسناد.
قال الحافظ في «التلخيص» (٤/ ٢١٧): «في إسناده: الحسين بن عبد الله الهاشمي؛ وهو ضعيف جدًّا».

(٢) في «الاستذكار» (٢٣/ ١٥٤).

(٣) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

(٤) في (أ): «بضعة».

(٥) «الاستذكار» (٢٣/ ١٥٤).

(٦) مكانها بياض في (م).

[٢٦٠٧/أ] فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا مَلَكَهَا قَبْلَ حَمْلِهَا مِنْهُ.

[٢٦٠٧/ب] وَاخْتَلَفُوا إِذَا مَلَكَهَا حَامِلًا مِنْهُ أَوْ بَعْدَ أَنْ وَلَدَتْ مِنْهُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(١)]: لَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ إِذَا وَلَدَتْ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكَهَا، [أ/ ٤٨١ظ] ثُمَّ مَلَكَهَا وَوَلَدَهَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٢)]: تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ.

[٢٦٠٧/ج] **وَاخْتَلَفَ** قَوْلُ مَالِكٍ[(٣)] إِذَا مَلَكَهَا وَهِيَ حَامِلٌ.

وَالْقِيَاسُ:

أَنْ تَكُونَ أُمَّ وَلَدٍ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ؛ إِذْ كَانَ لَيْسَ مِنْ مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ (أَنْ يَبِيعَ الْمَرْءُ أُمَّ وَلَدِهِ، وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**بُعِثْتُ لِأُتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ**»[(٤)])[(٥)].

٢٦٠٨ وَأَمَّا بِمَاذَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ؟

فَإِنَّ مَالِكًا قَالَ[(٦)]: كُلُّ مَا وَضَعَتْ مِمَّا يُعْلَمُ أَنَّهُ وَلَدٌ كَانَتْ مُضْغَةً أَوْ عَلَقَةً (كَانَتْ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ)[(٧)].

وَقَالَ [ب/ ٤٢٦ظ] الشَّافِعِيُّ[(٨)]: لَا بُدَّ أَنْ يُؤَثِّرَ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ مِثْلُ الْخَلْقِ[(٩)] وَالتَّخْطِيطِ[(١٠)].

وَاخْتِلَافُهُمْ رَاجِعٌ إِلَى مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الْوِلَادَةِ أَوْ مَا يَتَحَقَّقُ أَنَّهُ مَوْلُودٌ.

---

(١) «الاستذكار» (١٦/ ٢٤٥).
(٢) «المبسوط» (٧/ ١٥٦).
(٣) «الاستذكار» (١٦/ ٢٤٥).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) في (م): «كما تقدم».
(٦) «حاشية الدسوقي» (٢/ ٢٦٦ - ٢٦٧)، «المدونة» (٤/ ٦٣٠)، «الشرح الكبير»، للدردير (٤/ ٢٦٨)، «الخرشي» (٨/ ٣٢).
(٧) ما بين القوسين ليس في (م).
(٨) «الحاوي» (١٢/ ٣٨٧)، «نهاية المحتاج» (٨/ ٤١٦).
(٩) في (م): «الشكل».
(١٠) مكانها بياض في (م).

وَأَمَّا مَا يبقى فِيهَا مِنْ أَحْكَامِ الْعُبُودِيَّةِ:

٢٦٠٩ فَإِنَّهُمُ **اتَّفقُوا** عَلَى أَنَّهَا فِي شَهَادَتِهَا وَحُدُودِهَا وَدِيَتِهَا وَأَرْشِ جِرَاحِهَا كَالْأَمَةِ.

[٢٦٠٩/ب] وَجُمْهُورُ مَنْ مَنَعَ بَيْعَهَا لَيْسَ يَرَوْنَ هَاهُنَا سَبَبًا طَارِئًا عَلَيْهَا يُوجِبُ بَيْعَهَا إِلَّا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ أَنَّهَا إِذَا زَنَتْ رُقَّتْ[١].

[٢٦٠٩/ب] وَاخْتَلَفَ مالك والشَّافِعِيُّ: هَلْ لِسَيِّدِهَا اسْتِخْدَامُهَا طُولَ حَيَاتِهِ وَاغْتِلَالُهُ إِيَّاهَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ[٢]: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا لَهُ فِيهَا الْوَطْءُ فَقَطْ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[٣]: لَهُ ذَلِكَ.

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ:

أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَمْلِكْ رَقَبَتَهَا بِالْبَيْعِ لَمْ يَمْلِكِ اسْتِجَارَتَهَا، إِلَّا أَنَّهُ يَرَى أَنَّ إِجَارَةَ بَنِيهَا مِنْ غَيْرِهِ جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهُمْ[٤] عِنْدَهُ أَضْعَفُ.

وَعُمْدَةُ الشَّافِعِيِّ:

انْعِقَادُ الْإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ[٥] لَهُ وَطْؤُهَا[٦].

فَسَبَبُ الْخِلَافِ:

تَرَدُّدُ إِجَارَتِهَا بَيْنَ أَصْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: وَطْؤُهَا.

---

(١) «الاستذكار» (٢٣/ ١٥٨). (٢) «القوانين الفقهية» (ص٤١٣).

(٣) «مغني المحتاج» (٦/ ٥١٨).

(٤) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «خدمتهم».

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لا يجوز».

(٦) حكى الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص٢٦٢)، وابن جزي في «القوانين الفقهية» (ص٤١٣).

وَالثَّانِي: بَيْعُهَا.

فَيَجِبُ أَنْ يُرَجَّحَ أَقْوَى الْأَصْلَيْنِ شَبَهًا.

٣٦١٠ وَأَمَّا مَتَى تَكُونُ حُرَّةً؟

فَإِنَّهُ **لَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ** أَنَّ ذَلِكَ الْوَقْتِ هُوَ إِذَا مَاتَ السَّيِّدُ(١).

[م/ ٢٧١و]

(وَلَا أَعْلَمُ الْآنَ أن أَحَدًا قَالَ: تُعْتَقُ مِنَ الثُّلُثِ، وَقِيَاسُهَا عَلَى الْمُدَبَّرِ ضَعِيفٌ، عَلَى قَوْلِ مَنْ يَقُولُ: إِنَّ الْمُدَبَّرَ يُعْتَقُ مِنَ الثُّلُثِ)(٢).

۞ ۞ ۞

---

(١) ينظر: «الإجماع» (ص١١٩)، «الإقناع» (٢/ ٤٢٩)، لابن المنذر.

(٢) ما بين القوسين من (م).

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيم
صَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ

كِتَابُ الْجِنَايَاتِ(١)

وَالْجِنَايَاتُ الَّتِي (لَهَا حُدُودٌ مَشْرُوعَةٌ أَرْبَعٌ:

[١] **جِنَايَاتٌ عَلَى الْأَبْدَانِ وَالنُّفُوسِ**، وَهُوَ الْمُسَمَّى قَتْلًا وَجَرْحًا.

[٢] **وَجِنَايَاتٌ)(٢) عَلَى الْفُرُوجِ**، وَهُوَ الْمُسَمَّى زِنًا وَسِفَاحًا.

[٣] وَجِنَايَاتٌ عَلَى الْأَمْوَالِ:

وَهَذِهِ مَا كَانَ **مِنْهَا**:

[أ] مَأْخُوذًا بِحَرْبٍ سُمِّيَ حِرَابَةً، إِذَا كَانَ [أ/٤٨٢و] بِغَيْرِ تَأْوِيلٍ.

[ب] وإذا كان بِتَأْوِيلٍ: سُمِّيَ بَغْيًا.

[ج] وما كَانَ مَأْخُوذًا عَلَى وَجْهِ الْمُعَافَصَةِ مِنْ حِرْزٍ: سمي سَرِقَةً.

[د] وَمَا كَانَ مِنْهَا بعُلُو مَرْتَبَةٍ وَقُوَّةِ سُلْطَانٍ: سُمِّيَ غَصْبًا.

[٤] وَجِنَايَاتٌ عَلَى الْأَعْرَاضِ، وَهُوَ الْمُسَمَّى قَذْفًا.

وَجِنَايَاتٌ بِالتَّعَدِّي عَلَى اسْتِبَاحَةِ مَا حَرَّمَ الشَّرْعُ مِنَ الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ.

وَهَذِهِ إِنَّمَا يُوجَدُ فِيهَا حَدٌّ فِي هَذِهِ الشَّرِيعَةِ فِي الْخَمْرِ فَقَطْ، وَهُوَ حَدٌّ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ بَعْدَ صَاحِبِ الشَّرْعِ صَلَوَاتُ اللهِ عَلَيْه.

فَنَبْتَدِئ مِنْهَا بِالْحُدُودِ الَّتِي فِي الدِّمَاءِ، فَنَقُولُ: إِنَّ الْوَاجِبَ فِي إِتْلَافِ النُّفُوسِ وَالْجَوَارِحِ هُوَ:

---

(١) جمع جِنَاية، والجناية: كل فعل محظور يتضمن ضررًا، ويكون تارةً على نفسه، وتارةً على غيره. الاختيار (٥/ ٢٢).

(٢) ما بين القوسين مكانه بياض في (م).

إِمَّا قِصَاصٌ، وَإِمَّا مَالٌ، وَهُوَ الَّذِي يُسَمَّى الدِّيَةَ.

فَإِذَنِ النَّظَرُ أَوَّلًا فِي هَذَا الْكِتَابِ يَنْقَسِمُ إِلَى قِسْمَيْنِ:

النَّظَرُ فِي الْقِصَاصِ.

وَالنَّظَرُ فِي الدِّيَةِ.

وَالنَّظَرُ فِي الْقِصَاصِ، **يَنْقَسِمُ إِلَى**:

[أ] الْقِصَاصِ فِي النُّفُوسِ.

[ب] وَإِلَى الْقِصَاصِ فِي الْجَوَارِحِ.

وَالنَّظَرُ أَيْضًا فِي الدِّيَاتِ يَنْقَسِمُ إِلَى النَّظَرِ فِي دِيَاتِ النُّفُوسِ، وَإِلَى النَّظَرِ فِي دِيَاتِ قَطْعِ [ب/ ٤٢٧و] الْجَوَارِحِ وَالْجِرَاحِ.

فَيَنْقَسِمُ أَوَّلًا هَذَا الْكِتَابُ إِلَى كِتَابَيْنِ:

أَوَّلُهُمَا: يُرْسَمُ عَلَيْهِ كِتَابُ الْقِصَاصِ.

وَالثَّانِي: يُرْسَمُ عَلَيْهِ كِتَابُ الدِّيَاتِ.

❁ ❁ ❁

كِتَابُ الْقِصَاصِ

وَهَذَا الْكِتَابُ يَنْقَسِمُ إِلَى قِسْمَيْنِ:

الْأَوَّلُ: النَّظَرُ فِي الْقِصَاصِ فِي النُّفُوسِ.

وَالثَّانِي: فِي الْقِصَاصِ فِي الْجَوَارِحِ.

فَلْنَبْدَأْ مِنَ الْقِصَاصِ فِي النُّفُوسِ.

كِتَابُ الْقِصَاصِ فِي النُّفُوسِ:

وَالنَّظَرُ أَوَّلًا فِي هَذَا الْكِتَابِ يَنْقَسِمُ إِلَى قِسْمَيْنِ:

إِلَى النَّظَرِ فِي الْمُوجِبِ - أَعْنِي: الْمُوجِبُ لِلْقِصَاصِ.

وَإِلَى النَّظَرِ فِي الْوَاجِبِ - أَعْنِي: الْقِصَاصَ - وَفِي إِبْدَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ بَدَلٌ.

فَلْنَبْدَأْ أَوَّلًا بِالنَّظَرِ فِي الْمُوجِبِ.

وَالنَّظَرُ فِي الْمُوجِبِ، يَرْجِعُ إِلَى النَّظَرِ فِي صِفَةِ الْقَتْلِ (وَالْقَاتِلِ وَالْمَقْتُولِ[١])[٢] الَّتِي يَجِبُ بِمَجْمُوعِهَا الْقِصَاصُ، فَإِنَّهُ لَيْسَ أَيُّ قَاتِلٍ اتَّفَقَ يُقْتَصُّ مِنْهُ، وَلَا بِأَيِّ قَتْلٍ اتَّفَقَ، وَلَا مِنْ أَيِّ مَقْتُولٍ اتَّفَقَ، بَلْ مِنْ قَاتِلٍ مَحْدُودٍ وَبِقَتْلٍ مَحْدُودٍ (وَمَقْتُولٍ مَحْدُودٍ)[٣]، إِذَا كَانَ الْمَطْلُوبُ فِي هَذَا الْبَابِ إِنَّمَا هُوَ الْعَدْلُ. فَلْنَبْدَأْ مِنَ النَّظَرِ فِي الْقَاتِلِ، ثُمَّ الْقَتْلِ، ثُمَّ الْمَقْتُولِ.

الْقَوْلُ فِي شُرُوطِ الْقَاتِلِ[٤]:

فَنَقُولُ:

---

(١) ليست في (أ).

(٢) ليست في (ب).

(٣) من (م).

(٤) في (م): «القتل».

٢٦١١ إِنَّهُمُ **اتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ الْقَاتِلَ الَّذِي يُقَادُ مِنْهُ، يُشْتَرَطُ فِيهِ بِاتِّفَاقٍ: أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا، بَالِغًا، مُخْتَارًا لِلْقَتْلِ؛ مُبَاشِرًا، غَيْرَ مُشَارِكٍ [أ/ ٤٨٢ظ] لَهُ غَيْرُهُ[١].

٢٦١٢ **وَاخْتَلَفُوا** فِي الْمُكْرِهِ وَالْمُكْرَهِ، وَبِالْجُمْلَةِ الْآمِرُ وَالْمُبَاشِرُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٢] وَالشَّافِعِيُّ[٣]، وَالثَّوْرِيُّ[٤]، وَأَحْمَدُ[٥]، وَأَبُو ثَوْرٍ[٦] وَجَمَاعَةٌ: الْقَتْلُ عَلَى الْمُبَاشِرِ دُونَ[٧] الْآمِرِ، وَيُعَاقَبُ الْآمِرُ.

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ: يُقْتَلَانِ جَمِيعًا، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَالِكَ إِكْرَاهٌ وَلَا سُلْطَانٌ لِلْآمِرِ عَلَى الْمَأْمُورِ[٨].

[٢٦١٢/...] وَأَمَّا إِذَا كَانَ لِلْآمِرِ سُلْطَانٌ عَلَى الْمَأْمُورِ - أَعْنِي: الْمُبَاشِرَ:

فَإِنَّهُمُ **اخْتَلَفُوا** فِي ذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

(١) فَقَالَ قَوْمٌ: يُقْتَلُ الْآمِرُ دُونَ الْمَأْمُورِ، وَيُعَاقَبُ الْمَأْمُورُ، وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ[٩]، وأحمد، وَأَبُو حَنِيفَةَ[١٠]، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ[١١].

(٢) وَقَالَ قَوْمٌ: [م/ ٢٧١ظ] يُقْتَلُ الْمَأْمُورُ دُونَ الْآمِرِ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ[١٢].

(٣) وَقَالَ قَوْمٌ: يُقْتَلَانِ جَمِيعًا، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ[١٣].

---

(١) حكى الإجماع: ابن قدامة في «الشرح الكبير» (٩/ ٣٤٢).
(٢) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٥٩). (٣) «الحاوي الكبير» (١٨/ ١٤٣).
(٤) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٥٩)، «الأوسط» (١٣/ ٩٠).
(٥) «المغني» (١١/ ٤٧٧).
(٦) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٥٩)، «الأوسط» (١٣/ ٩٠).
(٧) في (م): «جور».
(٨) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٥٩)، «الأوسط» (١٣/ ٩٠).
(٩) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٥٩). (١٠) «حاشية ابن عابدين»: (٦/ ١٤٠).
(١١) «روضة الطالبين» (٩/ ١٣٥). (١٢) «روضة الطالبين» (٩/ ١٣٥).
(١٣) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٥٩).

فَمَنْ لَمْ يُوجِبْ حَدًّا عَلَى الْمَأْمُورِ:

اعْتَبَرَ تَأْثِيرَ الْإِكْرَاهِ فِي إِسْقَاطِ كَثِيرٍ مِنَ الْوَاجِبَاتِ فِي الشَّرْعِ، لِكَوْنِ الْمُكْرَهِ يُشْبِهُ مَنْ لَا اخْتِيَارَ لَهُ.

وَمَنْ رَأَى عَلَيْهِ الْقَتْلَ غَلَّبَ عَلَيْهِ حُكْمَ الِاخْتِيَارِ.

وَذَلِكَ:

أَنَّ الْمُكْرَهَ يُشْبِهُ الْمُخْتَارَ مِنْ جِهَةٍ، وَيُشْبِهُ مِنْ جِهَةٍ الْمُضْطَرَّ الْمَغْلُوبَ، مِثْلَ الَّذِي يَسْقُطُ مِنْ عُلُوٍّ، وَالَّذِي تَحْتَمِلُهُ[1] الرِّيحُ مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ.

وَمَنْ رَأَى قَتْلَهُمْ جَمِيعًا لَمْ يَعْذُرِ الْمَأْمُورَ بِالْإِكْرَاهِ وَلَا الْآمِرَ بِعَدَمِ الْمُبَاشَرَةِ.

وَمَنْ رَأَى قَتْلَ الْآمِرِ فَقَطْ شَبَّهَ الْمَأْمُورَ بِالْآلَةِ الَّتِي لَا تَنْطِقُ.

وَمَنْ رَأَى الْحَدَّ عَلَى غَيْرِ الْمُبَاشِرِ اعْتَمَدَ أَنَّهُ لَيْسَ يَنْطَلِقُ [ب/ ٤٢٧ظ] عَلَيْهِ اسْمُ قَاتِلٍ إِلَّا بِالِاسْتِعَارَةِ.

وَقَدِ اعْتَمَدَتِ الْمَالِكِيَّةُ فِي قَتْلِ الْمُكْرَهِ عَلَى الْقَتْلِ بِالْقَتْلِ؛ بِإِجْمَاعِهِمْ[2] عَلَى أَنَّهُ لَوْ أَشْرَفَ عَلَى الْهَلَاكِ مِنْ مَخْمَصَةٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْتُلَ إِنْسَانًا فَيَأْكُلَهُ.

٢٦١٣ وَأَمَّا الْمُشَارِكُ لِلْقَاتِلِ[3] عَمْدًا فِي الْقَتْلِ:

فَقَدْ يَكُونُ الْقَتْلُ عَمْدًا وَخَطَأً، وَقَدْ يَكُونُ الْقَاتِلُ مُكَلَّفًا وَغَيْرَ مُكَلَّفٍ، وَسَنَذْكُرُ (الْقَتْلَ الْعَمْدَ)[4] عِنْدَ قَتْلِ الْجَمَاعَةِ بِالْوَاحِدِ.

(وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَكَ فِي الْقَتْلِ عَامِدٌ وَمُخْطِئٌ، أَوْ مُكَلَّفٌ وَغَيْرُ مُكَلَّفٍ، مِثْلَ عَامِدٍ[5] وَصَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ، أَوْ حُرٌّ وَعَبْدٍ (فِي قَتْلِ عَبْدٍ عِنْدَ)[6] مَنْ لَا يُقِيدُ مِنَ

---

(١) في (م): «يحمله». (٢) في (م): «وإجماعهم».

(٣) كذا في (أ)، وفي بقية النسخ: «للقتل».

(٤) من (م). (٥) في (م): «مكلف».

(٦) العبارة في (م): «وَالْمَقْتُولُ حُرٌّ أَوْ عَبْدٌ أَوْ ذِمِّيٌّ: فَإِذَا اشْتَرَكَ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ أَوِ الْعَبْدُ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَمَنْ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ، فَإِنَّ».

الْحُرِّ بِالْعَبْدِ[١] اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ:)

فَقَالَ مَالِكٌ[٢]، وَالشَّافِعِيُّ[٣]: عَلَى الْعَامِدِ الْقِصَاصُ، وَعَلَى الْمُخْطِئِ وَالصَّبِيِّ نِصْفُ الدِّيَةِ:

إِلَّا أَنَّ مَالِكًا يَجْعَلُهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ.

وَالشَّافِعِيَّ [أ/٤٨٣و] فِي مَالِهِ عَلَى مَا يَأْتِي.

وَكَذَلِكَ قَالَا فِي الْحُرِّ وَالْعَبْدِ يَقْتُلَانِ الْعَبْدَ عَمْدًا: أَنَّ الْعَبْدَ يُقْتَلُ، وَعَلَى الْحُرِّ نِصْفُ الْقِيمَةِ، وَكَذَلِكَ الْحَالُ فِي الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ يُقْتَلَانِ جَمِيعًا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٤]: إِذَا اشْتَرَكَ مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ مَعَ مَنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَعَلَيْهِمَا الدِّيَةُ.

وَعُمْدَةُ الْحَنَفِيَّةِ:

أَنَّ هَذِهِ شُبْهَةٌ، فَإِنَّ الْقَتْلَ لَا يَتَبَعَّضُ، وَمُمْكِنٌ أَنْ تَكُونَ إِفَاتَةُ نَفْسِهِ مِنْ فِعْلِ الَّذِي لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ، كَإِمْكَانِ ذَلِكَ مِمَّنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ؛ وَقَدْ قَالَ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ**»[٥].

وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الدَّمُ وَجَبَ بَدَلُهُ، وَهُوَ الدِّيَةُ.

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الثَّانِي**:

النَّظَرُ إِلَى الْمَصْلَحَةِ الَّتِي تَقْتَضِي التَّغْلِيظَ لِحَوْطَةِ الدِّمَاءِ، فَكَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا انْفَرَدَ بِالْقَتْلِ فَلَهُ حُكْمُ نَفْسِهِ، وَفِيهِ ضَعْفٌ فِي الْقِيَاسِ.

٣٦١٤ وَأَمَّا صِفَةُ الَّذِي يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ:

(أ) فَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ الْعَمْدُ.

وَذَلِكَ:

---

(١) زاد في (أ)، و(ب): «فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ».
(٢) «الاستذكار» (٢٥/ ٣٢).
(٣) «روضة الطالبين» (٩/ ١٣٨).
(٤) «الاستذكار» (٤/ ٥٥٢).
(٥) تقدم تخريجه.

أَنَّهُمْ **أَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الْقَتْلَ صِنْفَانِ: عَمْدٌ، وَخَطَأٌ[(١)].

(ب) وَاخْتَلَفُوا فِي هَلْ بَيْنَهُمَا وَسَطٌ أَمْ لَا؟

وَهُوَ الَّذِي يُسَمُّونَهُ شِبْهَ الْعَمْدِ، فَقَالَ بِهِ جُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ.

وَالْمَشْهُورُ عَنْ مَالِكٍ[(٢)] نَفْيُهُ إِلَّا فِي الِابْنِ مَعَ أَبِيهِ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يَتَخَرَّجُ عَنْهُ فِي ذَلِكَ رِوَايَةٌ أُخْرَى.

وَبِإِثْبَاتِهِ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ[(٣)]، وَعُثْمَانُ[(٤)]، وَعَلِيٌّ[(٥)]، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ[(٦)]، وَأَبُو مُوسَى الْأَشْعَرِيُّ[(٧)]، وَالْمُغِيرَةُ بن شعبة[(٨)]، وَلَا مُخَالِفَ لَهُمْ مِنَ الصَّحَابَةِ.

وَالَّذِينَ قَالُوا بِهِ: فَرَّقُوا فِيمَا هُوَ شِبْهُ الْعَمْدِ مِمَّا لَيْسَ بِعَمْدٍ، وَذَلِكَ عندهم رَاجِعٌ فِي الْأَغْلَبِ إِلَى الْآلَاتِ الَّتِي يَقَعُ بِهَا الْقَتْلُ، وَإِلَى الْأَحْوَالِ الَّتِي كَانَ مِنْ أَجْلِهَا الضَّرْبُ: فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٩)]: كُلُّ مَا عَدَا الْحَدِيدَ مِنَ الْقُضْبِ والنَّارِ وَمَا يُشْبِهُ ذَلِكَ فَهُوَ شِبْهُ الْعَمْدِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَمُحَمَّدٌ[(١٠)]: شِبْهُ الْعَمْدِ مَا لَا يَقْتُلُ مِثْلُهُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(١١)]: شِبْهُ الْعَمْدِ مَا كَانَ عَمْدًا فِي الضَّرْبِ خَطَأً فِي الْقَتْلِ - أَيْ: مَا كَانَ ضَرْبًا لَمْ يُقْصَدْ بِهِ [ب/٤٢٨و] الْقَتْلُ فَتَوَلَّدَ عَنْهُ الْقَتْلُ -.

وَالْخَطَأُ مَا كَانَ خَطَأً فِيهِمَا جَمِيعًا. وَالْعَمْدُ مَا كَانَ عَمْدًا فِيهِمَا جَمِيعًا، وَهُوَ حَسَنٌ[(١٢)].

---

(١) حكى الإجماع: ابن حزم في «مراتب الإجماع» (ص١٤٠)، وابن جُزَي في «القوانين الفقهية» (ص٢٢٦).

(٢) «جواهر الدرر» (٨/ ٣٩).

(٣) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٤).

(٤) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٤).

(٥) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٤).

(٦) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٤).

(٧) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٤).

(٨) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٤).

(٩) «البحر الرائق» (٩/ ٦٩).

(١٠) «البحر الرائق» (٩/ ٦٩).

(١١) «روضة الطالبين» (٩/ ١٣٩).

(١٢) في (م): «جنس».

فَعُمْدَةُ مَنْ نَفَى [م/ ٢٧٢و] شِبْهَ الْعَمْدِ:

أَنَّهُ لَا وَاسِطَةَ بَيْنَ الْخَطَإِ وَالْعَمْدِ ـ أَعْنِي: بَيْنَ أَنْ يَقْصِدَ الْقَتْلَ أَوْ لَا يَقْصِدَهُ ـ.

وَعُمْدَةُ مَنْ أَثْبَتَ الْوَسَطَ:

أَنَّ النية(١) [أ/ ٤٨٣ظ] لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهَا إِلَّا اللهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى، وَإِنَّمَا(٢) الْحُكْمُ بِمَا ظَهَرَ.

فَمَنْ قَصَدَ ضَرْبَ آخَرَ بِآلَةٍ لَا تَقْتُلُ غَالِبًا، كَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِ الْغَالِبِ ـ أَعْنِي: حُكْمَ مَنْ قَصَدَ الْقَتْلَ فَقَتْلٌ بِلَا خِلَافٍ(٣).

وَمَنْ قَصَدَ ضَرْبَ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ بِآلَةٍ لَا تَقْتُلُ غَالِبًا: كَانَ حُكْمُهُ(٤) مُتَرَدِّدًا بَيْنَ الْعَمْدِ وَالْخَطَإِ، وَهَذَا فِي حَقِّنَا لَا فِي حَقِّ الْآمِرِ نَفْسِهِ عِنْدَ اللهِ تَعَالَى.

---

(١) في (م): «النيات». (٢) مكانها بياض في (م).

(٣) قال الإمام الجَصّاص في «أحكام القرآن» (٣/ ١٩٩ ـ ٢٠٠): «أصل أبي حنيفة: أنَّ العمد ما كان بسلاح أو ما يجري مجراه. . .، فهذا كله عنده عمد محض فيه القصاص، ولا نعلم في هذه الجملة خلافًا بين الفقهاء».
وقال الإمام الماوَردي في «الحاوي الكبير» (١٢/ ٣٤): «آلة القتل على **ضربين**:
أحدهما: المثَقّل.
والثاني: المُحدَّد.
وهو على **ضربين**:
أحدهما: ما شَقَّ بحدِّه.
والثاني: ما نفذ بدفنه. فأما ما شق بحدِّه فقطع الجلد ومارَ في اللحم كالسيف. . .، وهذا يجمع نفوذًا وقطعًا فالقود فيه واجب باتفاق».
وقال ابن قدامة في «المغني» (٨/ ٢٦١): «العمد **نوعان**:
أحدهما: أن يضربه بمحدد، وهو ما يقطع ويدخل في البدن، كالسيف. . وما في معناه مما يحدّ فيجرح من الحديد. . .، فهذا كله إذا جرح به جرحًا كبيرًا فمات، فهو قتل عمدًا خلاف فيه بين العلماء فيما علمناه».

(٤) مكانها بياض في (م).

أَمَّا شَبَهُهُ لِلْعَمْدِ: فَمِنْ جِهَةِ مَا قَصَدَ ضَرْبَهُ.

وَأَمَّا شَبَهُهُ لِلْخَطَأِ: فَمِنْ جِهَةِ أَنَّهُ ضَرَبَ بِمَا لَا يَقْصِدُ بِهِ الْقَتْلَ.

وَقَدْ رُوِيَ حَدِيثٌ مَرْفُوعٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، أَنَّهُ قَالَ: **«أَلَا إِنَّ قَتْلَ الْخَطَأِ شِبْهِ الْعَمْدِ مَا كَانَ بِالسَّوْطِ وَالْعَصَا وَالْحَجَرِ، دِيَتُهُ مُغَلَّظَةٌ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ مِنْهَا أَرْبَعُونَ فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا»**[1].

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٥٤٧)، (٤٥٨٨)، وابن ماجه (٢٦٢٧)، والنسائي (٨/ ٤١)، وفي «الكبرى» (٦٩٦٩)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٤٩٤٨)، والبيهقي في «المعرفة» (١٥٩٨٤)، والمزي في «تهذيب الكمال» (٥/ ١٩٣) من طريق حماد بن زيد.
وأبو داود (٤٥٤٨)، (٤٥٨٩)، وابن حبان (٦٠١١)، والدارقطني (٣١٧٠) من طريق وهيب. كلاهما: عن خالد الحذَّاء، عن القاسم بن ربيعة، عن عقبة بن أَوْس، عن عبد الله بن عمرو: أنَّ رسول الله ﷺ قال: **«ألا وإنَّ قتيلَ الخطأ شبه العمدِ ما كانَ بالسوطِ والعصا مئةٌ من الإبل أربعون في بُطُونها أَولَادُهَا»**.
وخالفهما: (عبد الوهاب، والثوري، وإسماعيل، وبشر، ويزيد)، رووه عن خالد، عن القاسم بن ربيعة، عن عقبة بن أوس، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ حدَّثه: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: **«ألا وإنَّ قَتيلَ الخطأ شِبهِ العمْد، قتيلَ السَّوط والعَصا، فيه مئة من الإبل منها أربعون يعني في بطونها أولادُها»**.
أخرجه: النسائي (٨/ ٤١ ـ ٤٢)، وفي «الكبرى» (٦٩٧٢، ٦٩٧٣)، وأحمد (٥/ ٤١٢)، والشافعيُّ في «المسند» (١٦٣٨) ـ ومن طريقه: البيهقي في «المعرفة» (١٥٩٨٣)، وعبد الرزاق (١٧٢١٣) ـ ومن طريقه الدارقطني (٣١٧١) ـ، والطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (٤٩٤٩، ٤٩٥٠)، والدارقطني (٣١٦٨).
وأخرجه: النسائي (٨/ ٤١)، وفي «الكبرى»، (٦٩٧٠) أحمد (٣/ ٤١٠) من طريق هشيم، عن خالد، عن القاسم بن ربيعة، عن عقبة بن أَوْسٍ، عن رجل من أَصْحَاب النَّبيِّ ﷺ قال: خطب النَّبيُّ ﷺ يوم فتح مكة، فقال: **«ألا وإنَّ قتيل الخطأ العَمْدِ بالسَّوْطِ والْعَصَا والحَجَرِ مئةٌ منَ الإبل فيها أَرْبَعُونَ ثَنِيَّةً إلى بَازِل عَامها كُلُّهُنَّ...»**.
وأخرجه النسائي (٨/ ٤١)، وفي «الكبرى» (٦٩٧١) عن ابن أبي عدي، عن خالد، عن القاسم، عن عقبة، عن النَّبيِّ ﷺ مرسلًا.
وقال ابن عبد البر في «الاستيعاب» (٣/ ٢٧٩): «هذا لا يصح، ولا يعرف في الصحابة يعقوب هذا عندهم».
وأخرجه النسائي (٨/ ٤٠)، وفي «الكبرى» (٦٩٦٧)، وابن ماجه (٢٦٢٧)، أحمد =

إِلَّا أَنَّهُ حَدِيثٌ مُضْطَرِبٌ عِنْدَ أَهْلِ الْحَدِيثِ، لَا يَثْبُتُ مِنْ جِهَةِ الْإِسْنَادِ، فِيمَا ذَكَرَهُ أَبُو عُمَرَ بْنُ عَبْدِ الْبَرِّ[١].

= (٢/ ١٦٤، ١٦٦)، والبخاري في «التاريخ الكبير» (٦/ ٢٢٧)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٤٩٤٦)، والدارقطني (٣١٦٩) من طريق شعبة، عن أيوب، عن القاسم بن ربيعة، عن عبد الله بن عمرو مرفوعًا.
القاسم بن ربيعة لم يصحّ له سماع من عبد الله بن عمرو، قال أبو زرعة في «تحفة التحصيل» (٨٤١): «قال عبد الحق في «أحكامه»: «لا يصح له سماع من عبد الله بن عمرو».
أخرجه: النسائي (٨/ ٤٠ ـ ٤١)، وفي «الكبرى» (٦٩٦٨)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٤٩٤٧) عن القاسم بن ربيعة، عن النبيِّ ﷺ، مرسلًا..
وأخرجه الحميدي (٧١٩)، والشافعي في «الأم» (٧/ ١٩)، وفي «السُّنن المأثورة» (٦٣٧)، وفي «المسند» (١٦٣٧) ـ ومن طريقه: البيهقي (٨/ ٤٤)، وفي «المعرفة» (١٥٨١٩)، والبغوي (٢٥٣٦) ـ، وابن أبي شيبة (٢٦٧٢٧)، وأحمد (٢/ ١١)، وابن ماجه (٢٦٢٨)، والنسائي (٤٧٩٩)، وأبو يعلى (٥٦٧٥)، والدارقطني (٣/ ١٠٥)، والبيهقي (٨/ ٤٤) من طريق ابن عيينة، ، وعبد الرزاق (١٧٢١٢) ـ ومن طريقه: أحمد (٢/ ٣٦)، والدارقطني (٣/ ١٠٥) ـ من طريق معمر، كلهم عن علي بن زيد بن جدعان، عن القاسم بن ربيعة، عن ابن عمر به.
وأخرجه أبو داود عقب الحديث (٤٥٤٩)، والدارقطني (٣/ ١٠٤) من طريق حمَّاد ابن سَلَمة، عَنْ عليِّ بْنِ زَيْدٍ، عن يعقوب السَّدُوسي، عن عبد الله بْنِ عَمرو به
قال ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٥/ ٤١٠): «فأما من رواية عبد الله بن عمر فلا يكون صحيحًا؛ لضعف علي بن زيد بن جُدْعان».
وقال ابنُ أبي حاتم في «العلل» (١٣٨٩): «ونَفْسُ حَدِيثِ حمَّاد بْنِ سَلَمة؛ فإِنَّ أَحْمَدَ بْنَ سِنَان حدَّثنا عَنْ يَزِيدَ، عَنْ حمَّادُ بنُ سَلَمة، عَنْ عليِّ بْنِ زَيْدٍ، عَنْ يَعْقُوبَ السَّدوسي، عَنِ ابْنِ عُمَرَ ـ وَلَيْسَ لابْنِ عَمرو مَعْنًى ـ عن النبيِّ ﷺ؛ وَهُوَ أَشْبَهُ.
وقلتُ لأَبِي: مَن يعقوبُ السَّدوسي؟
فَقَالَ: هُوَ يعقوبُ بن أَوْس، ويقال: عُقْبة بن أوس.
قلتُ: وقد روى هَذَا الحديثَ بطوله حمَّادُ بنُ سَلَمة، عَنْ حُمَيد، عَنِ الْقَاسِمِ بن ربيعة: أنَّ النبيَّ ﷺ خطبَ الناسَ يَوْمَ الفتحِ...، مُرسَلًا؛ وَهَذَا أشبهُ بالصَّواب، وَاللهُ أَعْلَمُ».

(١) في «الاستذكار» (٢٥/ ٢٦).

وَإِنْ كَانَ أَبُو دَاوُدَ(١) وَغَيْرُهُ قَدْ خَرَّجَهُ، فَهَذَا النَّحْوُ مِنَ الْقَتْلِ عِنْدَ مَنْ لَم يُثْبِتُهُ يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ.

ومَنْ أَثْبَتَهُ تَجِبُ(٢) بِهِ عِنْدَهُ الدِّيَةُ.

[٢٦١٤/أ] وَلَا خِلَافَ فِي مَذْهَبِ مَالِكٍ(٣): أَنَّ الضَّرْبَ الذي يَكُونُ عَلَى وَجْهِ الْغَضَبِ وَالنَّائِرَةِ(٤) يَجِبُ بِهِ(٥) الْقِصَاصُ.

[٢٦١٤/ب] وَاخْتُلِفَ فِي الَّذِي يَكُونُ عَمْدًا عَلَى جِهَةِ اللَّعِبِ، أَوْ عَلَى جِهَةِ الْأَدَبِ لِمَنْ أُبِيحَ لَهُ الْأَدَبُ.

وَأَمَّا الشَّرْطُ الَّذِي يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ فِي الْمَقْتُولِ:

فَهُوَ أَنْ يَكُونَ مُكَافِئًا لِدَمِ الْقَاتِلِ.

وَالَّذِي بِهِ تَخْتَلِفُ النُّفُوسُ:

هُوَ الْإِسْلَامُ وَالْكُفْرُ، وَالْحُرِّيَّةُ وَالْعُبُودِيَّةُ، وَالذُّكُورِيَّةُ وَالْأُنُوثِيَّةُ، وَالْوَاحِدُ وَالْكَثِيرُ.

[٢٦١٤/ج] وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْمَقْتُولَ إِذَا كَانَ مُكَافِئًا لِلْقَاتِلِ(٦) فِي هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ أَنَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ.

[٢٦١٤/د] وَاخْتَلَفُوا فِي هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ إِذَا لَمْ تَجْتَمِعْ.

٢٦١٥ أَمَّا الْحُرُّ إِذَا قَتَلَ الْعَبْدَ عَمْدًا:

فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فِيهِ:

فَقَالَ مَالِكٌ(٧)، ....

---

(١) برقم: (٤٥٤٧)، (٤٥٨٨).
(٢) في (م): «يجب». وكلاهما سائغٌ.
(٣) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٦).
(٤) النائرة: العداوة والحقد. «تهذيب اللغة»: (١٥/ ١٧٠).
(٥) في (م): «فيه».
(٦) في (م): «لدم القاتل».
(٧) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٥)، «الكافي» (٢/ ١٠٩٧)، «المقدمات الممهدات» (٣/ ٢٨٠)، «الذخيرة» (١٠/ ٤٦).

وَالشَّافِعِيُّ(١)، وَاللَّيْثُ(٢)، وَأَحْمَدُ(٣)، وَأَبُو ثَوْرٍ(٤): لَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ(٥): يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ إِلَّا عَبْدَ نَفْسِهِ.

وَقَالَ قَوْمٌ: يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ سَوَاءٌ كَانَ عَبْدَ الْقَاتِلِ أَوْ (عَبْدَ غَيْرِ الْقَاتِلِ)(٦)، وَبِهِ قَالَ النَّخَعِيُّ(٧).

فَمَنْ قَالَ: لَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ: احْتَجَّ بِدَلِيلِ الْخِطَابِ الْمَفْهُومِ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨].

وَمَنْ [ب/٤٢٨ظ] قَالَ: يقْتَل الْحُرُّ بِالْعَبْدِ احْتَجَّ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: [أ/٤٨٤و] **«الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ، وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ وَهُمْ يَدٌ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ»**(٨).

فَسَبَبُ الْخِلَافِ: مُعَارَضَةُ الْعُمُومِ لِدَلِيلِ الْخِطَابِ، وَمَنْ فَرَّقَ فَضَعِيفٌ.

وَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمْ: أَنَّ الْعَبْدَ يُقْتَلُ بِالْحُرِّ، وَكَذَلِكَ الْأَنْقَصُ(٩) بِالْأَعْلَى.

وَمِنَ الْحُجَّةِ أَيْضًا لِمَنْ قَالَ: يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ(١٠): مَا رَوَاهُ الْحَسَنُ، عَنْ

---

(١) «البيان» (١١/ ٣١٦)، «تحفة المحتاج» (٨/ ٤٩٧)، «مغني المحتاج» (٥/ ٢٢٩).
(٢) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٥).
(٣) «المغني» (٩/ ١٧٩)، «الإنصاف» (١٠/ ٥٣)، «كشاف القناع» (٦/ ١٦).
(٤) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٥).
(٥) «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٣٦)، «تبيين الحقائق» (٦/ ١٠٥)، «البحر الرائق» (٨/ ٣٣٧).
(٦) كذا في (ب)، وفي بقية النسخ: «غير عبد القاتل».
(٧) «الاستذكار» (٢٣/ ٢٥). (٨) سيأتي تخريجه.
(٩) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «لا يقضى».
(١٠) قال البيهقيُّ في «الخلافيات» (٦/ ٥٢٨): «هَذَا مَنْسُوخٌ إِجْمَاعًا».
وأخرجَ أَبُو دَاوُدَ (ق ٣٣٢/ب رواية ابن داسة): ثنا مُسْلِمُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، ثنا هِشَامٌ، عَنْ قَتَادَةَ، عَنِ الْحَسَنِ قَالَ: لَا يُقَادُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ.
قال البيهقي: «وَفِي قَوْلِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ دَلَالَةٌ عَلَى نَسْخِ مَا رَوَاهُ عَنْ سَمُرَةَ أَوْ ضَعْفِ الرِّوَايَةِ عَنْهُ، فَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَهُ مِنْ كِتَابٍ عَنْ سَمُرَةَ، وَلَمْ يَسْمَعْ مِنْهُ غَيْرَ حَدِيثِ الْعَقِيقَةِ.
فَمَعْلُومٌ مِنْ حَالِ الْحَسَنِ أَنَّهُ لَا يَرْوِي عَنِ النَّبِيِّ ﷺ حدِيثًا يُثْبِتُهُ ثُمَّ لَا يَقُولُ بِهِ. وَاللهُ أَعْلَمُ». =

سَمُرَةَ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: **«مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلْنَاهُ بِهِ»**(١).

وَمِنْ طَرِيقِ الْمَعْنَى: قَالُوا: وَلَمَّا كَانَ قَتْلُهُ مُحَرَّمًا كَقَتْلِ الْحُرِّ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْقِصَاصُ فِيهِ كَالْقِصَاصِ فِي الْحُرِّ.

٣٦١٦ وَأَمَّا قَتْلُ الْمُؤْمِنِ بِالْكَافِرِ الذِّمِّيِّ:

فَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي ذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:

فَقَالَ قَوْمٌ: لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ.

وَمِمَّنْ قَالَ بِهِ: الشَّافِعِيُّ(٢)، وَالثَّوْرِيُّ(٣)، وَأَحْمَدُ(٤) وَدَاوُدُ(٥)، وَجَمَاعَةٌ.

وَقَالَ قَوْمٌ: يُقْتَلُ بِهِ.

= وقال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٥/ ٢٦٨): «وكذلك حجتهم بحديث سمرة، عن النبي ﷺ: **«من قتل عبده، قتلناه، ومن جدع عبده جدعناه»** لا تقوم لهم به حجة، لأن أكثر أهل العلم يقولون: إن الحسن لم يسمع من سمرة، وأيضًا فلو كان صحيحًا عن الحسن، ما كان خالفه، فقد كان يفتي بأن لا يقتل الحر بالعبدِ».

(١) أخرجه أبو داود (٤٥١٥)، والنسائي (٨/ ٢١)، والترمذي (١٤١٤)، وابن ماجه (٢٦٦٣)، وأحمد (٥/ ١٠، ١١، ١٢، ١٩)، وأبو داود الطيالسي (٩٠٥)، والبيهقي (٨/ ٣٥)، من طريق قتادة، عن الحسن، عن سمرة، قال: قال رسول الله ـ ﷺ: **«من قتل عبده قتلناه، ومن جدع عبده جدعناه»**.

ورواه أبو داود (٤٥١٦)، والنسائي (٨/ ٢٠)، والحاكم (٤/ ٤٠٩) من طريق هشام عن قتادة به بلفظ: **«من أخصى عبده أخصيناه»**.

وقال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب».

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

قال عبد الحق الإشبيلي في «الأحكام الوسطى» (٤/ ٦٩): «قال البخاري عن علي بن المديني سماع الحسن من سمرة صحيح، وأخذ بهذا، وقال البخاري: أنا أذهب إليه، وقال غيره: لم يسمع الحسن من سمرة إلا حديث العقيقة».

(٢) «الحاوي الكبير» (١٢/ ١٣).

(٣) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧٠)، «الأوسط» (١٣/ ٥٣).

(٤) «المغني» (١١/ ٤٦٦).

(٥) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧١).

وَمِمَّنْ قَالَ بِذَلِكَ: أَبُو حَنِيفَةَ(١) وَأَصْحَابُهُ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى(٢).

وَقَالَ مَالِكٌ(٣)، وَاللَّيْثُ(٤): لَا يُقْتَلُ بِهِ، إِلَّا أَنْ يَقْتُلَهُ قتل غِيلَةً.

وَقَتْلُ الْغِيلَةِ: أَنْ يُضْجِعَهُ فَيَذْبَحَهُ وَبِخَاصَّةٍ عَلَى مَالِهِ.

فَعُمْدَةُ الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ:

مَا رُوِيَ مِنْ حَدِيثِ عَلِيٍّ، أَنَّهُ سَأَلَهُ قَيْسُ بْنُ عُبَادٍ(٥)، وَالْأَشْتَرُ(٦): هَلْ عَهِدَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَهْدًا لَمْ يَعْهَدْهُ إِلَى النَّاسِ قَالَ: لَا، إِلَّا مَا فِي كِتَابِي هَذَا، وَأَخْرَجَ كِتَابًا مِنْ قِرَابِ سَيْفِهِ، فَإِذَا فِيهِ: «**الْمُؤْمِنُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ، وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ، وَهُمْ يَدٌ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ، أَلَا لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ، وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ، مَنْ أَحْدَثَ** [م/ ٢٧٢ظ] **حَدَثًا أَوْ آوَى مُحْدِثًا، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ**»، خَرَّجَهُ أَبُو دَاوُدَ(٧).

---

(١) «المبسوط» (٢٦/ ١٣١)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٣٧).

(٢) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧١)، «الأوسط» (١٣/ ٥٣).

(٣) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧١).

قال ابن عبد البر: «وقتل الغيلة عندهم، أن يقتله بماله، كما يصنع قاطع الطريق، لا يقتله لثائرة ولا عداوة».

وهو قول إبراهيم، والشعبي، وعمر بن عبد العزيز.

(٤) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧١)، «الأوسط» (١٣/ ٥٤).

(٥) بضم أوله، وتخفيف الموحدة، القيسي الضبعي، نزيل البصرة، ثقة، مخضرم، ووهم من عدَّه في الصحابة، قتله الحجاج في فتنة ابن الأشعث. «طبقات ابن سعد» (٧/ ١٣١).

(٦) هو: مالك بن الحارث الأشتر النخعي، من أمراء الإمام علي، شريفٌ كبير القدر في النخع، توفي عام ٣٨هـ. «طبقات ابن سعد»: (٦/ ٢١٣).

(٧) أبو داود (٤٥٣٠)، والنسائي (٨/ ١٨)، وفي «الكبرى» (٦٩٣٦)، وأحمد (١/ ١٢٢)، وأبو يعلى (٦٢٨)، والبزار (٧١٤)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٣/ ١٩٢)، وفي «مشكل الآثار» (١٢٤٣ و٥٨٨٩)، والحاكم (٢/ ١٤١)، والبيهقي (٧/ ١٣٣ ـ ١٣٤)، والبغوي في «شرح السُّنَّة» (٢٥٣١) من طريق يحيى بن سعيد القطان، والبزار (٧١٣) من طريق حماد بن زيد، والخطابي في «الغريب» (١/ ٦٣٣)، والحاكم (٢/ ١٤١) من طريق عبد الوهاب بن عطاء الخفاف، والحاكم (٢/ ١٤١) من طريق رَوح بن عبادة =

وَرُوِيَ أَيْضًا عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «**لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ**»(١).

وَاحْتَجُّوا فِي ذَلِكَ:

بِإِجْمَاعِهِمْ عَلَى أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِالْحَرْبِيِّ الَّذِي أُمِّنَ(٢).

وَأَمَّا أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ:

فَاعْتَمَدُوا فِي ذَلِكَ آثَارًا:

مِنْهَا: حَدِيثٌ يَرْوِيهِ رَبِيعَةُ بْنُ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمٰنِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ الْبَيْلَمَانِي، قَالَ: «قَتَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ [أ/٤٨٤ظ] رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الْقِبْلَةِ بِرَجُلٍ مِنْ

= البصري، كلهم عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن قيس بن عباد قال: انطلقت أنا والأشتر.

ورواه يزيد بن زُريع البصري عن سعيد عن قتادة عن الحسن عن قيس بن عباد قال: أتينا عليًّا أنا وجارية بن قدامة السعدي. . . الحديث.

أخرجه البيهقي (٨/ ٢٩).

قال البزار: وهذا الحديث قد روي عن علي من غير وجه، وهذا الإسناد أحسن إسنادًا يروى في ذلك وأصحه».

وقال الحجاج بن الحجاج الباهلي: عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن الأشتر عن علي.

أخرجه النسائي (٨/ ٢١ ـ ٢٢).

ورواه همام بن يحيى العَوْذي وعمر بن عامر فقالا: عن قتادة عن أبي حسان عن علي.

أخرجه أبو داود (٢٠٣٥)، والنسائي (٨/ ٢١)، وأحمد (١/ ١١٩)، وأبو يعلى (٥٦٢).

ورواه مَعْمر بن راشد عن قتادة قال: قيل لعلي: مرسلًا.

أخرجه عبد الرزاق (١٨٥٠٧).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) نقل الإجماع: الطحاوي في «مختصر اختلاف العلماء» (٥/ ١٥٩)، والتميمي في «نوادر الفقهاء» (ص٢٠٧).

أَهْلِ الذِّمَّةِ، وَقَالَ: **أَنَا أَحَقُّ مَنْ وَفَّى به**[(١)(٢)].

وَرَوَوْا ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ[(٣)].

قَالُوا: وَهَذَا مُخَصِّصٌ لِعُمُوم قَوْلِهِ [ب/٤٢٩و] ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ**»[(٤)]، أَنَّهُ أُرِيدَ بِهِ الْكَافِرُ الْحَرْبِيُّ، دُونَ الْكَافِرِ الْمُعَاهَدِ.

وَضَعَّفَ أَهْلُ الْحَدِيثِ حَدِيثَ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ الْبَيْلَمَانِي[(٥)]، (وَمَا

---

(١) في المطبوع: «بعهده».

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٨٥١٤)، وأبو داود في «المراسيل» (١٥٥)، والدارقطني (٣/ ١٠١)، والبيهقي (٨/ ٣٠).
قال ابن عبد البر في «الاستذكار» (٢٥/ ١٧١): «وهذا حديثٌ منقطع، لا يثبته أحد من أهل العلم بالحديث، لضعفه.
ورووا فيه عن عمر رضي الله عنه حديثًا لا حجة لهم فيه».
قال ابن رجب في «جامع العلوم والحكم» (١/ ٣١٧): «وهذا مرسل ضعيف؛ قد ضعَّفه الإمامُ أحمدُ، وأبو عبيد، وإبراهيمُ الحربيُّ، والجوزجانيُّ، وابنُ المنذرِ والدارقطنيُّ.
وقال: ابن البيلمانيّ: ضعيف لا تقومُ به حجة إذا وصلَ الحديثَ، فكيف بما يرسلُه؛
وقال الجوزجاني: إنَّما أخذه ربيعةُ، عن إبراهيمَ بن أبي يحيى، عن ابنِ المنكدرِ عن ابن البيلمانيِّ، وابنِ أبي يحيى: متروك الحديثِ».اهـ.

(٣) «الأوسط» (١٣/ ٥٤). (٤) تقدم تخريجه.

(٥) قال ابن المنذر في «الأوسط» (١٣/ ٥٥ ـ ٥٦): «وحجة من قال هذا القول حديث منقطعٌ لا تقوم بمثله الحجة عن ابن البيلمانِي أن النبي ﷺ أقاد من مسلم قتل يهوديًّا وقال: «**أنا أحق من وفى بذمتي**».
قال أبو بكر: «وبالقول الأول أقول، وذلك لأن الله ـ جل ذكره ـ قال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الأنعام: ١٥١]، والأخبار التي فيها تحريم الدماء بغير حقها، وقد ذكرناها في غير موضع، فغير جائز سفك دم محظور بالكتاب والسُّنَّة والاتفاق إلا بكتاب أو سنة أو اتفاق، وليس مع من خالف فأباح قتل المؤمن بالكافر حجة من حديث ذكرنا، بل قد ثبتت الأخبار عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا يقتل مؤمن بكافر**».
وقال ابن عبد البر (٢٥/ ١٧١ ـ ١٧٢): ورووا فيه عن عمر رضي الله عنه حديثًا لا حجة لهم فيه.
=

رَوَوْا)[١] مِنْ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ[٢].

وَأَمَّا مِنْ طَرِيقِ الْقِيَاسِ:

فَإِنَّهُمُ اعْتَمَدُوا عَلَى **إِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ** فِي أَنَّ يَدَ الْمُسْلِمِ تُقْطَعُ إِذَا سَرَقَ مِنْ مَالِ الذِّمِّيِّ[٣].

قَالُوا: فَإِذَا كَانَتْ حُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ مَالِ الْمُسْلِمِ، فَحُرْمَةُ دَمِهِ كَحُرْمَته.

فَسَبَبُ الْخِلَافِ تَعَارُضُ الْآثَارِ وَالْقِيَاسِ.

٣٦١٧ وَأَمَّا قَتْلُ الْجَمَاعَةِ بِالْوَاحِدِ:

فَإِنَّ جماعة فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ قَالُوا: تُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ:

= ذكر وكيع، قال: حدَّثني محمد بن قيس، عن عبد الملك بن ميسرة، عن النزَّال بن سبرة، أن رجلًا من المسلمين قتل رجلًا من أهل الحيرة، فكتب فيه إلى عمر بن الخطاب، فكتب عمر: أن اقتلوه به، فقيل لأخيه حنين قال: حتى يجيء على العصبة. قال: فبلغ عمر أنه من فرسان المسلمين، فكتب أن لا يقيدوا به، قال: فقد جاء الكتاب وقد قتل.

قال أبو عمر: لو كان القتل عليه واجبًا، ما كان عمر ليكتب: ألا يقتل، لأنه من فرسان المسلمين، لأن الشريف والوضيع، ومن فيه غنى ومن ليس فيه غنى، في الحق سواء.

وقد روي هذا الخبر بما دل عليه أنه شاور، فقال له ـ إما علي، وإما غيره ـ فإنه لا يجب عليه قتل، فكتب أن لا يقتل.

ذكر أبو بكر، قال: حدَّثني علي بن مسهر، عن الشيباني، عن عبد الملك بن ميسرة، عن النزال بن سبرة، قال: قتل رجل من فرسان الكوفة عباديًّا من أهل الحيرة، فكتب عمر أن أقيدوا أخاه منه، فدفعوا الرجل إلى أخي العبادي، فقتله، ثم جاء كتاب عمر: ألا تقتلوه، وقد قتله.

وروى شعبة، عن عبد الملك، عن النزال مثله.

وكتاب عمر الثاني دليل على ما قلناه.

(١) في (م): «ومن روى».

(٢) ينظر: «تخريج أحاديث البداية»، للغُمَاري: (٨/ ٤٢٧)، ح: (١٦٧٢).

(٣) نقله في: «الاستذكار» (٨/ ١٢٢)، «المغني» (٩/ ١١١).

مِنْهُمْ: مَالِكٌ[(١)] وَأَبُو حَنِيفَةَ[(٢)]، وَالشَّافِعِيُّ[(٣)]، وَالثَّوْرِيُّ[(٤)]، وَأَحْمَدُ[(٥)]، وَأَبُو ثَوْرٍ[(٦)]، وَغَيْرُهُمْ.

سَوَاءٌ كَثُرَتِ الْجَمَاعَةُ أَوْ قَلَّتْ.

وَبِهِ قَالَ عُمَرُ حَتَّى رُوِيَ أَنَّهُ قَالَ: لَوْ تَمَالأَ[(٧)] عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ جَمِيعًا[(٨)].

وَقَالَ دَاوُدُ[(٩)] وَأَهْلُ الظَّاهِرِ: لَا تُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الزُّبَيْرِ[(١٠)]، وَبِهِ قَالَ الزُّهْرِيُّ[(١١)]، وَرُوِيَ عَنْ جَابِرٍ[(١٢)].

وَكَذَلِكَ عِنْدَ هَذِهِ الطَّائِفَةِ لَا تُقْطَعُ أَيْدٍ بِيَدٍ ـ يَعْنِي: إِذَا اشْتَرَكَ اثْنَانِ فَمَا فَوْقَ ذَلِكَ فِي قَطْعِ يَدٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ[(١٣)]، وَالشَّافِعِيُّ[(١٤)]: تُقْطَعُ الْأَيْدِي بِالْيَدِ.

وَفَرَّقَتِ الْحَنَفِيَّةُ بَيْنَ النَّفْسِ وَالْأَطْرَافِ، فَقَالُوا: تُقْتَلُ الْأَنْفُسُ[(١٥)] بِالنَّفْسِ، وَلَا يُقْطَعُ بِالطَّرَفِ إِلَّا طَرَفٌ وَاحِدٌ.

وَسَيَأْتِي هَذَا فِي بَابِ الْقِصَاصِ مِنَ الْأَعْضَاءِ.

فَعُمْدَةُ مَنْ قَتَلَ بِالْوَاحِدِ الْجَمَاعَةَ:

النَّظَرُ إِلَى الْمَصْلَحَةِ، فَإِنَّهُ مَفْهُومٌ أَنَّ الْقَتْلَ إِنَّمَا شُرِعَ لِنَفْيِ[(١٦)] الْقَتْلِ، كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ﴾ [البقرة: ١٧٩].

---

(١) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧٤).
(٢) «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٣٩).
(٣) «الحاوي الكبير» (١٢/ ١٥).
(٤) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧٤).
(٥) «المغني» (١١/ ٤٦٩).
(٦) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧٤).
(٧) في (م): «مالأ».
(٨) البخاري (٦٨٩٦).
(٩) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧٤).
(١٠) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧٤).
(١١) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧٤).
(١٢) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧٤).
(١٣) «الاستذكار» (٢٥/ ١٧٥).
(١٤) «الحاوي الكبير» (١٢/ ١٦).
(١٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «النفس».
(١٦) مكانها بياض في (م).

وَإِذَا كَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ:

فَلَوْ لَمْ تُقْتَلِ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ لَتَذَرَّعَ[١] النَّاسُ إِلَى الْقَتْلِ بِأَنْ يَتَعَمَّدُوا قَتْلَ الْوَاحِدِ بِالْجَمَاعَةِ.

وَلَكِنْ لِلْمُعْتَرِضِ أَنْ يَقُولَ: إِنَّ هَذَا إِنَّمَا كَانَ يَلْزَمُ لَوْ لَمْ يَقْتُلْ مِنَ الْجَمَاعَةِ أَحَدٌ، فَأَمَّا إِنْ قَتَلَ مِنْهُمْ وَاحِدٌ، وَهُوَ الَّذِي يُظَنُّ مِنْ قِبَلِه إِتْلَافُ النَّفْسِ غَالِبًا عَلَى الظَّنِّ، فَلَيْسَ يَلْزَمُ أَنْ يَبْطُلَ الْحَدُّ حَتَّى يَكُونَ سَبَبًا [أ/٤٨٥و] لِلتَّسلطِ عَلَى إِذْهَابِ النُّفُوسِ.

وَعُمْدَةُ مَنْ قَتَلَ الْوَاحِدَ بِالْوَاحِدِ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ﴾ [المائدة: ٤٥].

٣٦١٨ وَأَمَّا قَتْلُ الذَّكَرِ بِالْأُنْثَى:

فَإِنَّ ابْنَ الْمُنْذِرِ[٢] وَغَيْرَهُ مِمَّنْ ذَكَرَ الْخِلَافَ[٣]: حَكَى أَنَّهُ إِجْمَاعٌ، إِلَّا مَا حُكِيَ عَنْ عَلِيٍّ مِنَ الصَّحَابَةِ[٤]، وَعَنْ عُثْمَانَ الْبَتِّيِّ[٥][٦] أَنَّهُ إِذَا قُتِلَ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ كَانَ عَلَى أَوْلِيَاءِ الْمَرْأَةِ نِصْفُ الدِّيَةِ.

---

(١) مكانها بياض في (م).

(٢) «الأشراف» (٧/ ٣٤٦).
قال ابن المنذر: «وأجمع عوام أهل العلم على أن بين الرجل والمرأة القصاص في النفس، إذا كان القتل عمدًا، إلا شيئًا اختلف فيه عن علي، وعطاء، وروينا عن الحسن».

(٣) قَالَ الشَّافِعِيُّ في «الأم» (٦/ ٢٢ ـ ٢٣): «وَلَمْ أَعْلَمْ مِمَّنْ لَقِيت مُخَالِفًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْم فِي أَنَّ الدَّمَيْنِ مُتَكَافِئَانِ بِالْحُرِّيَّةِ وَالْإِسْلَام، فَإِذَا قَتَلَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ عَمْدًا قُتِلَ بِهَا، وَإِذَا قَتَلَتْهُ قُتِلَتْ بِهِ، وَلَا يُؤْخَذُ مِنَ الْمَرْأَةِ وَلَا مِنْ أَوْلِيَائِهَا شَيْءٌ لِلرَّجُلِ إذَا قُتِلَتْ بِهِ، وَلَا إذَا قُتِلَ بِهَا، وَهِيَ كَالرَّجُلِ يَقْتُلُ الرَّجُلَ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهَا إذَا اقْتُصَّ لَهَا أَوِ اقْتُصَّ مِنْهَا، وَكَذَلِكَ النَّفَرُ يَقْتُلُونَ الْمَرْأَةَ وَالنِّسْوَةُ يَقْتُلْنَ الرَّجُلَ».

(٤) «الإشراف» (٧/ ٣٤٦).

(٥) مكانها بياض في (م).

(٦) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٥٤).

وَحَكَى الْقَاضِي [ب/٤٢٩ظ] أَبُو الْوَلِيدِ الْبَاجِيُّ فِي «الْمُنْتَقَى»[١]، عَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ[٢]، أَنَّهُ قال: لَا يُقْتَلُ الذَّكَرُ بِالْأُنْثَى.

وَحَكَاهُ الْخَطَّابِيُّ فِي «مَعَالِمِ[٣] السُّنَنِ[٤]».

وَهُوَ شَاذٌّ، وَلَكِنَّ دَلِيلَهُ قَوِيٌّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨].

وَإِنْ كَانَ يُعَارِضُ دَلِيلَ الْخِطَابِ هَاهُنَا الْعُمُومِ[٥] الَّذِي فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]!

لَكِنْ يَدْخُلُهُ أَنَّ هَذَا الْخِطَابَ وَارِدٌ فِي غَيْرِ شَرِيعَتِنَا، وَهِيَ مَسْأَلَةٌ مُخْتَلَفٌ فِيهَا ـ أَعْنِي: هَلْ شَرْعُ مَنْ قَبْلَنَا شَرْعٌ لَنَا أَمْ لَا؟

وَالِاعْتِمَادُ فِي قَتْلِ الرَّجُلِ بِالْمَرْأَةِ: هُوَ النَّظَرُ إِلَى الْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ.

٣٦١٩ وَاخْتَلَفُوا مِنْ هَذَا الْبَابِ فِي الْأَبِ وَالِابْنِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٦]: لَا يُقَادُ الْأَبُ بِالِابْنِ إِلَّا أَنْ يُضْجِعَهُ فَيَذْبَحَهُ، فَأَمَّا إِنْ حَذَفَهُ [أ/٢٧٣و] بِسَيْفٍ أَوْ عَصًا فَقَتَلَهُ لَمْ يُقْتَلْ به، وَكَذَلِكَ الْجَدُّ عِنْدَهُ مَعَ الْحَفِيدِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[٧]، وَالشَّافِعِيُّ[٨]، وَالثَّوْرِيُّ[٩]: لَا يُقَادُ الْوَالِدُ بِوَلَدِهِ، وَلَا الْجَدُّ بِحَفِيدِهِ إِذَا قَتَلَهُ بِأَيِّ وَجْهٍ كَانَ مِنْ أَوْجُهِ الْعَمْدِ، وَبِهِ قَالَ جُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ.

وَعُمْدَتُهُمْ:

حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ، أَنَّ النَّبِيَّ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ قَالَ: **«لَا تُقَامُ الْحُدُودُ فِي الْمَسَاجِدِ وَلَا يُقَادُ بِالْوَلَدِ الْوَالِدُ»**[١٠].

---

(١) «المنتقى» (٧/ ١٢١). (٢) «الإشراف» (٧/ ٣٤٦).
(٣) مكانها بياض في (م). (٤) «معالم السُّنن» (٤/ ١٤).
(٥) في (م): «للعموم».
(٦) «الاستذكار» (٢٥/ ١٩٩)، «المنتقى» (٧/ ١٢٣).
(٧) «أحكام القرآن»، للجصاص (١/ ١٧٨)، «رد المحتار» (١٠/ ١٣٣).
(٨) «مغني المحتاج» (٥/ ٢٤٢). (٩) «الاستذكار» (٢٥/ ١٩٩).
(١٠) أخرجه الترمذي (١٤٠١)، وابن ماجه (٢٥٩٩)، والدارمي (٢٣٥٧)، والطبراني في =

وَعُمْدَةُ مَالِكٍ:

عُمُومُ الْقِصَاصِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ.

وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ:

مَا رَوَوْهُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ: «أَنَّ رَجُلًا مِنْ بَنِي مُدْلِجٍ يُقَالُ لَهُ: قَتَادَةُ حَذَفَ ابْنًا لَهُ بِالسَّيْفِ فَأَصَابَ سَاقَهُ، فَنُزِفَ جُرْحُهُ فَمَاتَ، فَقَدِمَ سُرَاقَةُ بْنُ جُعْشُمٍ[1] عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: اعْدُدْ عَلَى مَاءِ قُدَيْدٍ[2] عِشْرِينَ وَمِائَةَ بَعِيرٍ حَتَّى أَقْدَمَ عَلَيْكَ، فَلَمَّا قَدِمَ عَلَيْهِ عُمَرُ أَخَذَ مِنْ تِلْكَ الْإِبِلِ ثَلَاثِينَ حِقَّةً وَثَلَاثِينَ جَذَعَةً وَأَرْبَعِينَ خَلِفَةً، ثُمَّ قَالَ: أَيْنَ أَخُو الْمَقْتُولِ، فَقَالَ: هأَنذَا، قَالَ: خُذْهَا، فَإِنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ [أ/٤٨٥ظ] قَالَ: **«لَيْسَ لِقَاتِلٍ شَيْءٌ»**»[3].

فَإِنَّ مَالِكًا[4] حَمَلَ هَذَا الْحَدِيثَ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَمْدًا مَحْضًا، وَأَثْبَتَ مِنْهُ شِبْهَ الْعَمْدِ فِيمَا بَيْنَ الِابْنِ وَالْأَبِ.

وَأَمَّا الْجُمْهُورُ:

= «الكبير» (١٠٨٤٦)، والدارقطني (٣/ ١٤١)، والحاكم (٨١٠٤)، والبيهقي (٨/ ٣٩).
قال أبو عمر في «التمهيد» (٢٢/ ٤٤٢): «استفاض عند أهل العلم قوله ﷺ: **«لا يقاد بالولد الوالد»**، وقوله ﷺ: **«لا وصية لوارث»**؛ استفاضةً هي أقوى من الإسناد والحمد لله».

(١) كذا في (م)، وفي (أ): «جشعم»، وفي (ب): «خشعم».

(٢) مكانها بياض في (م).

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٨٦٧) ـ ومن طريقه: الشافعي في «الأم» (٦/ ٣٤)، ومن طريقه البيهقي (٨/ ٣٨)، «المعرفة» (٦/ ١٦٠).
قال أبو عمر في «الاستذكار» (٢٥/ ١٩٨): «هذا الحديث مشهور عند العلماء، مروي من وجوه شتى، إلا أن بعضهم يقول فيه: قتادة المدلجي، كما قال مالك، ويحيى بن سعيد ومنهم من يقول فيه: عرفجة المدلجي والأكثر يقولون: قتادة، وهو الصحيح».

(٤) «الاستذكار» (٢٥/ ١٩٩).

فَحَمَلُوهُ عَلَى ظَاهِرِهِ مِنْ أَنَّهُ عَمْدٌ لِإِجْمَاعِهِمْ أَنَّ مَنْ حَذَفَ آخَرَ بِسَيْفٍ فَقَتَلَهُ فَهُوَ عَمْدٌ(١).

وَأَمَّا مَالِكٌ(٢):

فَرَأَى (لِمَا لِلْأَبِ مِنَ التَّسَلُّطِ)(٣) عَلَى تَأْدِيبِ ابْنِهِ وَمِنَ الْمَحَبَّةِ لَهُ أَنْ حَمَلَ الْقَتْلَ الَّذِي يَكُونُ فِي أَمْثَالِ هَذِهِ الْأَحْوَالِ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بِعَمْدٍ، وَلَمْ يَتَّهِمْهُ إِذْ كَانَ لَيْسَ بِقَتْلِ غِيلَةٍ، فَإِنَّمَا يُحْمَلُ فَاعِلُهُ [ب/٤٣٠و] عَلَى أَنَّهُ قَصَدَ الْقَتْلَ مِنْ جِهَةِ غَلَبَةِ الظَّنِّ وَقُوَّةِ التُّهْمَةِ، إِذْ كَانَتِ النِّيَّاتُ لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهَا إِلَّا اللهُ تَعَالَى، فَمَالِكٌ لَمْ يَتَّهِمِ الْأَبَ حَيْثُ اتَّهَمَ الْأَجْنَبِيَّ، لِقُوَّةِ الْمَحَبَّةِ الَّتِي بَيْنَ الْأَبِ وَالِابْنِ.

وَالْجُمْهُورُ: إِنَّمَا عَلَّلُوا دَرْءَ الْحَدِّ عَنِ الْأَبِ لِمَكَانِ حَقِّهِ عَلَى الِابْنِ،(٤)؛ فَهَذَا هُوَ الْقَوْلُ فِي الْمُوجِبِ مِنْ هَذَا.

وَأَمَّا الْقَوْلُ فِي الموجب:

٢٦٢٠ **فَاتَّفَقُوا** عَلَى أَنَّ لِوَلِيِّ الدَّمِ شَيْئَيْنِ(٥):

الْقِصَاصُ، والْعَفْوُ: إِمَّا عَلَى الدِّيَةِ، وَإِمَّا عَلَى غَيْرِ الدِّيَةِ.

٢٦٢١ **وَاخْتَلَفُوا**: هَلِ الِانْتِقَالُ مِنَ الْقِصَاصِ إِلَى الْعَفْوِ عَلَى أَخْذِ الدِّيَةِ هُوَ حَقٌّ وَاجِبٌ لِوَلِيِّ الدَّمِ دُونَ أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ خِيَارٌ لِلْمُقْتَصِّ مِنْهُ، أَمْ لَا تَثْبُتُ الدِّيَةُ إِلَّا بِتَرَاضِي الْفَرِيقَيْنِ - أَعْنِي: الْوَلِيَّ وَالْقَاتِلَ - وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُرِدِ الْمُقْتَصُّ مِنْهُ أَنْ يُؤَدِّيَ الدِّيَةَ لَمْ يَكُنْ لِوَلِيِّ الدَّمِ إِلَّا الْقِصَاصُ فقط أَوِ الْعَفْوُ مُطْلَقًا(٦).

فَقَالَ مَالِكٌ(٧): لَا يَجِبُ لِلْوَلِيِّ إِلَّا أَنْ يَقْتَصَّ أَوْ يَعْفُوَ عَنْ غَيْرِ دِيَةٍ إِلَّا أَنْ

---

(١) «الاستذكار» (٢٥/ ١٩٩). (٢) «الاستذكار» (٢٥/ ١٩٩).

(٣) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «ما للأب من النشاط».

(٤) زاد في المطبوع زيادة جيدةً: «وَالَّذِي يَجِيءُ عَلَى أُصُولِ أَهْلِ الظَّاهِرِ أَنْ يُقَادَ».

(٥) في (م): «شيئان».

(٦) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «فقط».

(٧) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٩)، البيان والتحصيل (١٥/ ٥٢٣).

يَرْضَى بِإِعْطَاءِ الدِّيَةِ لِلْقَاتِلِ، وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ الْقَاسِمِ عَنْهُ[(١)].

وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالثَّوْرِيُّ[(٢)(٣)] وَجَمَاعَةٌ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ[(٤)]، وَأَحْمَدُ، وَأَبُو ثَوْرٍ[(٥)]، وَدَاوُدُ[(٦)] وَأَكْثَرُ فُقَهَاءِ الْمَدِينَةِ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ[(٧)]، وَغَيْرِهِ: وَلِيُّ الْمَقْتُولِ بِالْخِيارِ إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ، رَضِيَ الْقَاتِلُ أَوْ لَمْ يَرْضَ.

وَرَوَى ذَلِكَ أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ[(٨)]، إِلَّا أَنَّ الْمَشْهُورَ عَنْهُ هِيَ الرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ[(٩)(١٠)].

فَعُمْدَةُ مَالِكٍ فِي الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ عنه:

حَدِيثُ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، فِي قِصَّةِ سِنِّ الرُّبَيِّعِ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**كِتَابُ[(١١)] اللهِ الْقِصَاصُ**»[(١٢)].

فَعُلِمَ بِدَلِيلِ الْخِطَابِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلَّا الْقِصَاصُ.

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الثَّانِي**:

[أ/٤٨٦و] حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ الثَّابِتُ: «**مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ**

---

(١) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٩).

(٢) زاد في المطبوع: «والأوزاعي».

(٣) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٩)، «الأوسط» (١٣/ ١١٧).

(٤) «قليوبي» (٣/ ١٤٨).

(٥) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٩)، «الأوسط» (١٣/ ١١٧).

(٦) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٩)، «الأوسط» (١٣/ ١١٧).
قال ابن المنذر: الكتاب والسُّنَّة يدلان على أن أولياء المقتول بالخيار، فأما الكتاب: فقوله ﷻ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨]. وأما السُّنَّة: فثبوت الأخبار عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**ومن قُتل له قتيل فهو بخير النظرين**».

(٧) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٩).

(٨) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٩).

(٩) في المطبوع: «الأولى».

(١٠) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٩).

(١١) كذا في (م)، ورُسمت في بقية النسخ على الرسم القديم: «كتب».

(١٢) أخرجه البخاري (٤٥٠٠)، ومسلم (٦٧٥).

بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الدِّيَةَ وَبَيْنَ أَنْ يَعْفُوَ»(١).

وهُمَا حَدِيثَانِ مُتَّفَقٌ عَلَى صِحَّتِهِمَا.

لكن **الْأَوَّل** ضَعِيفُ الدَّلَالَةِ فِي أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلَّا الْقِصَاصُ.

وَالثَّانِي:

نَصٌّ فِي إزالة الْخِيَارَ، وَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا مُمْكِنٌ إِذَا رُفِعَ دَلِيلُ الْخِطَابِ مِنْ ذَلِكَ:

فَإِنْ كَانَ الْجَمْعُ وَاجِبًا وَمُمْكِنًا:

فَالْمَصِيرُ إِلَى [م/٢٧٣ظ] الْحَدِيثِ الثَّانِي وَاجِبٌ.

وَالْجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ الْجَمْعَ وَاجِبٌ إِذَا أَمْكَنَ وَأَنَّهُ أَوْلَى مِنَ التَّرْجِيحِ.

وَأَيْضًا، فَإِنَّ اللهَ عَجَلَّ [ب/٤٣٠ظ] يَقُولُ: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩]، وَإِذَا عُرِضَ عَلَى الْمُكَلَّفِ فِدَاءُ نَفْسِهِ بِمَالٍ فَوَاجِبٌ عَلَيْهِ أَنْ (يَفْدِيَهَا، أَصْلُهُ)(٢) إِذَا وَجَدَ الطَّعَامَ فِي مَخْمَصَةٍ بِقِيمَةِ مِثْلِهِ وَعِنْدَهُ مَا يَشْتَرِيهِ - أَعْنِي: أَنَّهُ يُقْضَى عَلَيْهِ بِشِرَائِهِ - فَكَيْفَ بِشِرَاءِ نَفْسِهِ(٣)؟

وَيَلْزَمُه عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ:

إِذَا كَانَ لِلْمَقْتُولِ أَوْلِيَاءُ صِغَارٌ وَكِبَارٌ أَنْ يُؤَخِّرَ الْقَتْلَ إِلَى أَنْ يَكْبَرَ الصِّغَارُ فَيَكُونَ لَهُمُ الْخِيَارُ، وَلَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ الصِّغَارُ يَحْجُبُونَ الْكِبَارَ مِثْلَ الْبَنِينَ مَعَ الْإِخْوَةِ.

وَقَدْ كَانَتْ وَقَعَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بِقُرْطُبَةَ حَيَاةَ جَدِّي رَحِمَهُ اللهُ فَأَفْتَى أَهْلُ زَمَانِهِ بِالرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ، وَهُوَ أَنْ لَا يُنْتَظَرَ الصَّغِيرُ(٤)، فَأَفْتَى هُوَ رَحِمَهُ اللهُ بِانْتِظَارِهِ عَلَى الْقِيَاسِ.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٣٤)، ومسلم (١٣٥٥).

(٢) مكانها بياض في (م).

(٣) مكانها بياض في (م).

(٤) في (م): «الصغار».

فَشَنَّعَ أَهْلُ زَمَانِهِ ذَلِكَ عَلَيْهِ لِمَا كَانُوا عَلَيْهِ مِنْ شِدَّةِ التَّقْلِيدِ؛ حَتَّى اضْطُرَّ أَنْ يَضَعَ فِي ذَلِكَ قَوْلًا يَنْتَصِرُ فِيهِ لِهَذَا الْمَذْهَبِ وَهُوَ مَوْجُودٌ بِأَيْدِي النَّاسِ[1].

وَالنَّظَرُ فِي هَذَا الْبَابِ هُوَ فِي **قِسْمَيْنِ**:

فِي الْعَفْوِ، وَالْقِصَاصِ.

وَالنَّظَرُ فِي الْعَفْوِ:

فِي شَيْئَيْنِ:

أَحَدُهُمَا:

فِيمَنْ لَهُ الْعَفْوُ مِمَّنْ لَيْسَ لَهُ، وترتب أَهْلِ الدَّمِ فِي ذَلِكَ.

وَهَلْ يَكُونُ لَهُ الْعَفْوُ عن الدِّيَةِ أَمْ لَا؟

وَقَدْ تَكَلَّمْنَا فِي هَلْ لَهُ الْعَفْوُ عن الدِّيَةِ؟

وَأَمَّا مَنْ لَهُمُ الْعَفْوُ بِالْجُمْلَةِ:

فَهُمُ الَّذِينَ لَهُمُ الْقِيَامُ بِالدَّمِ.

٢٦٢٢ وَالَّذِينَ لَهُمُ الْقِيَامُ بِالدَّمِ هُمُ الْعَصَبَةُ عِنْدَ مَالِكٍ[2] وَعِنْدَ غَيْرِهِ: كُلُّ مَنْ يَرِثُ.

[٢٦٢٢/أ] وَذَلِكَ أَنَّهُمْ **أَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الْمَقْتُولَ عَمْدًا إِذَا كَانَ لَهُ بَنُونَ بَالِغُونَ فَعَفَا أَحَدُهُمْ: أَنَّ الْقِصَاصَ قَدْ بَطَلَ وَوَجَبَتِ الدِّيَةُ[3].

[٢٦٢٢/ب] وَاخْتَلَفُوا فِي اخْتِلَافِ الْبَنَاتِ مَعَ الْبَنِينَ فِي الْعَفْوِ أَوْ فِي الْقِصَاصِ.

---

(١) ينظر: «البيان والتحصيل»: (١٠/ ٥٢٠).

(٢) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٧٩)، «البيان والتحصيل» (١٥/ ٥١٥)، «مواهب الجليل» (٦/ ٢٥٠).

(٣) حكى الإجماع: السرخسي في «المبسوط» (٢٦/ ١٠٩)، وشمس الدين المنهاجي الشافعي فِي «جواهر العقود» (٢/ ٢٠٧).

(وَكَذَلِكَ الزَّوْجَةُ أَوِ الزَّوْجُ وَالْأَخَوَاتُ:

فَقَالَ مَالِكٌ[(١)]: لَيْسَ لِلْبَنَاتِ وَلَا الْأَخَوَاتِ قَوْلٌ مَعَ الْبَنِينَ وَالْإِخْوَةِ فِي الْقِصَاصِ [أ/٤٨٦ظ] أَوْ ضِدِّهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُهُنَّ مَعَ الرِّجَالِ)[(٢)]، وَكَذَلِكَ الْأَمْرُ فِي الزَّوْجِ أو الزَّوْجَةِ (فِي الْإِسْقَاطِ)[(٣)].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ[(٤)]، وَالثَّوْرِيُّ[(٥)]، وَأَحْمَدُ[(٦)] وَالشَّافِعِيُّ[(٧)] كُلُّ وَارِثٍ يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ فِي إِسْقَاطِ الْقِصَاصِ وَفِي إِسْقَاطِ حَظِّهِ مِنَ الدِّيَةِ، وَفِي الْأَخْذِ بِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ[(٨)]: الْغَائِبُ مِنْهُمْ وَالْحَاضِرُ وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ.

وَعُمْدَةُ هَؤُلَاءِ: اعْتِبَارُهُمُ الدَّمَ بِالدِّيَةِ.

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ**: أَنَّ الْوِلَايَةَ إِنَّمَا هِيَ لِلذُّكْرَانِ[(٩)] دُونَ الْإِنَاثِ.

[٢٦٣٢/ج] وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي الْمَقْتُولِ عَمْدًا إِذَا عَفَا عَنْ دَمِهِ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ هَلْ ذَلِكَ جَائِزٌ عَلَى الْأَوْلِيَاءِ؟

وَكَذَلِكَ فِي الْمَقْتُولِ خَطَأً إِذَا عَفَا عَنِ الدِّيَةِ:

فَقَالَ قَوْمٌ: إِذَا عَفَا الْمَقْتُولُ عَنْ دَمِهِ فِي الْعَمْدِ مَضَى ذَلِكَ، وَمِمَّنْ قَالَ بِذَلِكَ مَالِكٌ[(١٠)]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[(١١)] وَالْأَوْزَاعِيُّ[(١٢)]، وهو أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ[(١٣)].

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ أُخْرَى: لَا يَلْزَمُ عَفْوُهُ، وَلِلْأَوْلِيَاءِ الْقِصَاصُ أَوِ الْعَفْوُ، وَمِمَّنْ قَالَ بِهِ أَبُو ثَوْرٍ[(١٤)]، وَدَاوُدُ[(١٥)]، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ بِالْعِرَاقِ[(١٦)].

---

(١) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٧٩)، «الكافي» (٢/ ١١٠١).

(٢) ما بين القوسين ليس في (ب).

(٣) من (م).

(٤) «المبسوط» (٢٦/ ١٠٩).

(٥) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٨٠).

(٦) «المغني» (١١/ ٤٦٩).

(٧) «الحاوي الكبير» (١٢/ ٢٢).

(٨) «الحاوي الكبير» (١٢/ ٢٣).

(٩) في (م): «للذكر».

(١٠) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٨٠).

(١١) «المبسوط» (٢٦/ ١٠٩).

(١٢) «الاستذكار» (١٥/ ٢٨٠).

(١٣) «الحاوي الكبير» (١٢/ ٢٥).

(١٤) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٧١).

(١٥) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٧١).

(١٦) «مغني المحتاج» (٦/ ٤٨٧).

وَعُمْدَةُ هَذِهِ الطَّائِفَةِ: أَنَّ اللهَ خَيَّرَ الْوَلِيَّ فِي ثَلَاثٍ: إِمَّا الْعَفْوُ، وَإِمَّا الْقِصَاصُ، وَإِمَّا الدِّيَةُ.

وَذَلِكَ عَامٌّ فِي كُلِّ مَقْتُولٍ سَوَاءٌ عَفَا عَنْ دَمِهِ قَبْلَ الْمَوْتِ أَوْ لَمْ يَعْفُ.

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ:

أَنَّ الشَّيْءَ الَّذِي جُعِلَ [ب/ ٤٣١و] لِلْوَلِيِّ إِنَّمَا هُوَ حَقُّ الْمَقْتُولِ، فَنَابَ فِيهِ مَنَابَهُ، وَأُقِيمَ مَقَامَهُ، فَكَانَ الْمَقْتُولُ أَحَقَّ بِالْخِيَارِ مِنَ الَّذِي أُقِيمَ مَقَامَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ.

[٣٦٢٢/ج] وَقَدْ **أَجْمَعَ أهل العلم** أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ﴾ [المائدة: ٤٥]، أَنَّ الْمُرَادَ بِالْمُتَصَدِّقِ هَاهُنَا هُوَ الْمَقْتُولُ يَتَصَدَّقُ بِدَمِهِ[١].

[٣٦٢٢/د] وَإِنَّمَا **اخْتَلَفُوا** عَلَى مَنْ يَعُودُ الضَّمِيرُ فِي قَوْلِهِ: ﴿فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ﴾ [المائدة: ٤٥]، فَقِيلَ عَلَى الْقَاتِلِ لِمَنْ رَأَى لَهُ تَوْبَةً، وَقِيلَ عَلَى الْمَقْتُولِ مِنْ ذُنُوبِهِ وَخَطَايَاهُ.

٣٦٢٣ وَأَمَّا [م/ ٢٧٤و] **اخْتِلَافُهُمْ** فِي عَفْوِ الْمَقْتُولِ خَطَأً عَنِ الدِّيَةِ:

فَقَالَ مَالِكٌ[٢]، وَالشَّافِعِيُّ[٣]، وَأَبُو حَنِيفَةَ[٤]، وَجُمْهُورُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ[٥]: (إِنَّ عَفْوَهُ مِنْ ذَلِكَ فِي ثُلُثِهِ إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الْوَرَثَةُ.

وَقَالَ قَوْمٌ: يَجُوزُ فِي جَمِيعِ مَالِهِ، وَمِمَّنْ قَالَ بِهِ: طَاوُسٌ[٦]، وَالْحَسَنُ[٧].

وَعُمْدَةُ الْجُمْهُورِ):

---

(١) قال ابن عبد البر فِي «الاستذكار» (٢٥/ ٢٧٣): «ولم يختلف العلماء أن المتصدق هاهنا هو المقتول يتصدق بدمه على قاتله، أي يعفو عنه».

(٢) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٧٢)، «المقدمات» (٣/ ٢٨٢).

(٣) «روضة الطالبين» (٩/ ٢١٧).

(٤) «المبسوط» (٢٦/ ١٠٧).

(٥) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٧٢).

(٦) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٧٢).

(٧) «الاستذكار» (٢٥/ ٢٧٢).

(١)أَنَّهُ وَاهِبُ(٢) مَالًا لَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَلَمْ يَجُزْ إِلَّا الثُّلُثِ، أَصْلُهُ الْوَصِيَّةُ.

وَعُمْدَةُ الثَّانِيَةِ:

أَنَّهُ إِذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَعْفُوَ عَنِ الدَّمِ فَهُوَ أَحْرَى أَنْ يَعْفُوَ عَنِ الْمَالِ، وَهَذِهِ أَخَصُّ بِكِتَابِ الدِّيَاتِ(٣).

٢٦٢٤ وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ إِذَا عَفَا الْمَجْرُوحُ عَنِ الْجِرَاحَةِ(٤)، فَمَاتَ مِنْهَا، هَلْ لِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُطَالِبُوا بديته(٥) أَمْ لَا؟

[أ/٤٨٧و] فَقَالَ مَالِكٌ(٦): لَهُمْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَقُولَ عَفَوْتُ عَنِ الْجِرَاحِ وَعَمَّا تَئُولُ إِلَيْهِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ(٧)، وَمُحَمَّدٌ(٨): إِذَا عَفَا عَنِ الْجِرَاحَةِ وَمَاتَ فَلَا حَقَّ لَهُمْ، وَالْعَفْوُ عَنِ الْجِرَاحة عَفْوٌ عَنِ (الدَّمِ.

وَقَالَ قَوْمٌ: بَلْ تَلْزَمُهُمُ الدِّيَةُ إِذَا عَفَا عَنِ الْجِرَاحَة مُطْلَقًا.

[٢٦٢٤/أ] وَهَؤُلَاءِ اخْتَلَفُوا:

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: تَلْزَمُ الْجَارِحَ)(٩) الدِّيَةُ كُلُّهَا.

وَاخْتَارَهُ الْمُزَنِيُّ مِنْ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ(١٠).

وَمِنْهُم مَنْ قَالَ: يَلْزَمُ مِنَ الدِّيَةِ مَا بَقِيَ مِنْهَا بَعْدَ إِسْقَاطِ دِيَةِ الْجُرْحِ الَّذِي عَفَا عَنْهُ، وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ(١١).

---

(١) ما بين القوسين من (م).
(٢) في (م): «واجب».
(٣) في (م): «الدية».
(٤) في (أ): «الجراح».
(٥) في (م): «بدمه».
(٦) «الاستذكار» (٢٥/٢٧٦)، «الكافي» (٢/١٠٩٩)، «جامع الأمهات» (١/٤٩٨).
(٧) «بدائع الصنائع» (٧/٢٤٩)، «البحر الرائق» (٨/ ٣٦٠).
(٨) «الأصل» (٤/٥١١).
(٩) ما بين القوسين من (م).
(١٠) «الحاوي الكبير» (١٢/ ٣٤)، «مغني المحتاج» (٥/٢٩٢).
(١١) «الاستذكار» (٢٥/ ٤٤).

[٢٦٢٤/ب] وَأَمَّا مَنْ يَرَى أَنَّهُ لَا يَعْفُو عَنِ دمه:

فَلَيْسَ يُتَصَوَّرُ مَعَهُ خِلَافٌ فِي أَنَّهُ لَا يُسْقِطُ ذَلِكَ طَلَبَ الْوَلِيِّ الدِّيَةَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عَفْوُهُ عَنِ الدَّمِ لَا يُسْقِطُ حَقَّ الْوَلِيِّ، فَأَحْرَى أَنْ لَا يُسْقِطَ عَفْوَهُ عَنِ الْجُرْحِ.

٢٦٢٥ وَاخْتَلَفُوا فِي الْقَاتِلِ عَمْدًا يُعْفَى عَنْهُ، هَلْ يَبْقَى لِلسُّلْطَانِ فِيهِ حَقٌّ أَمْ لَا؟

فَقَالَ مَالِكٌ(١)، وَاللَّيْثُ(٢): إِنَّهُ يُجْلَدُ(٣) مِائَةً وَيُسْجَنُ سَنَةً.

وَبِهِ قَالَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ(٤).

وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ(٥).

وَقَالَتْ طَائِفَةٌ ـ الشَّافِعِيُّ(٦) وَأَحْمَدُ(٧)، وَإِسْحَاقُ(٨)، وَأَبُو ثَوْرٍ(٩): لَا يَجِبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ.

وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ(١٠): إِلَّا أَنْ يَكُونَ يُعْرَفُ بِالشَّرِّ فَيُؤَدِّبُهُ الْإِمَامُ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى.

وَلَا عُمْدَةَ **لِلطَّائِفَةِ الْأُولَى** ـ إِلَّا أَثَرٌ ضَعِيفٌ، (وَالنَّظَرُ إِلَى الْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ)(١١).

وَعُمْدَةُ الطَّائِفَةِ الثَّانِيَةِ:

ظَاهِرُ الشَّرْعِ وَأَنَّ التَّحْدِيدَ فِي ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِتَوْقِيفٍ، وَلَا تَوْقِيفَ ثَابِتٌ فِي ذَلِكَ.

---

(١) «الاستذكار» (٢٥/ ٤٤).
(٢) «الاستذكار» (٢٥/ ٤٤).
(٣) مكانها بياض في (م).
(٤) «الاستذكار» (٢٥/ ٤٤).
(٥) «الاستذكار» (٢٥/ ٤٤).
(٦) «روضة الطالبين» (٩/ ٢٤٤)، «مغني المحتاج» (٥/ ٢٩١ ـ ٢٩٢).
(٧) «الكافي» (٣/ ٢٨١)، «المبدع» (٧/ ٣٤٧).
(٨) «الاستذكار» (٢٥/ ٤٤).
(٩) «الاستذكار» (٢٥/ ٤٤).
(١٠) «الاستذكار» (٢٥/ ٤٤).
(١١) ما بين القوسين من (م).

الْقَوْلُ فِي الْقِصَاصِ:

وَالنَّظَرُ فِي الْقِصَاصِ:

هُوَ فِي:

صِفَةِ الْقِصَاصِ.

وَمِمَّنْ يَكُونُ؟

وَمَتَى يَكُونُ؟

فَأَمَّا صِفَةُ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ:

٢٦٢٦ فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ:

فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يُقْتَصُّ مِنَ الْقَاتِلِ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي قَتَلَ:

فَمَنْ قَتَلَ تَغْرِيقًا قُتِلَ تَغْرِيقًا.

وَمَنْ قَتَلَ بِضَرْبٍ بِحَجَرٍ قُتِلَ بِمِثْلِ ذَلِكَ.

وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ(١) وَالشَّافِعِيُّ(٢).

قَالُوا: إِلَّا أَنْ يَطُولَ تَعْذِيبُهُ بِذَلِكَ؛ فَيَكُونَ السَّيْفُ لَهُ أَرْوَحَ.

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ فِيمَنْ حَرَقَ آخَرَ، هَلْ يُحْرَقُ ـ مَعَ مُوَافَقَتِهِمْ لِمَالِكٍ فِي احْتِذَاءِ(٣) صُورَةِ الْقَتْلِ؟(٤)

وَكَذَلِكَ فِيمَنْ [ب/٤٣١ظ] قَتَلَ بِالسَّهْمِ(٥).

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَصْحَابُهُ(٦): بِأَيِّ وَجْهٍ قَتَلَهُ لَمْ يُقْتَلْ إِلَّا بِالسَّيْفِ.

وَعُمْدَتُهُمْ:

---

(١) «جواهر الدرر» (٨/ ٨٦).

(٢) «الحاوي الكبير» (١٢/ ١٣٩)، «نهاية المطلب» (١٦/ ١٧٧).

(٣) مكانها بياض في (م).

(٤) «جواهر الدرر» (٨/ ٨٨).

(٥) كذا في (م)، وفي بقية النسخ: «بالسم».

(٦) «الأصل» (٤/ ٤٥٣)، «المبسوط» (٢٦/ ١٥٢).

مَا رَوَى الْحَسَنُ البصري، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «**لَا قَوَدَ إِلَّا بِحَدِيدَةٍ**»(١).

وَعُمْدَةُ **الْفَرِيقِ الآخر**:

حَدِيثُ أَنَسٍ: «أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَخَ رَأْسَ امْرَأَةٍ بِحَجَرٍ، [أ/٤٨٧ظ] فَرَضَخَ النَّبِيُّ ﷺ رَأْسَهُ بِحَجَرٍ، أَوْ قَالَ: بِحَجَرَيْنِ»(٢).

وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، وَالْقِصَاصُ يَقْتَضِي الْمُمَاثَلَةَ.

وَأَمَّا مِمَّنْ يَكُونُ الْقِصَاصُ:

فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَكُونُ مِنْ وَلِيِّ الدَّمِ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ لَا يُمَكَّنُ مِنْهُ لِمَكَانِ الْعَدَاوَةِ مَخَافَةَ أَنْ يَجُورَ فِيهِ.

وَأَمَّا مَتَى يَكُونُ الْقِصَاصُ؟

فَبَعْدَ ثُبُوتِ مُوجِبَاتِهِ، وَالْإِعْذَارِ إِلَى الْقَاتِلِ فِي ذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُقِرًّا.

٢٦٣٧ وَاخْتَلَفُوا:

هَلْ مِنْ شَرْطِ الْقِصَاصِ أَنْ لَا يَكُونَ الْمَوْضِعُ الْحَرَمَ؟

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٧٠٧٩) عن مَعْمر وابن عُيينة عن عمرو، عن الحسن، مرفوعًا: «**لا قَوَد إلا بحديدة**».
وأخرجه ابن أبي شيبة (٩/ ٣٥٤)، عن عيسى بن يونس، عن أشعث وعمرو، عن الحسن مرفوعًا: «**لا قود إلا بالسيف**».
ومن طريقه: أخرجه الخطيب في «التاريخ» (١٤/ ٨٩)، عن هشيم، ثنا أشعث، عن الحسن به.
قال ابن حزم في «المحلى» (١٢/ ٥٧): «هذا مرسلٌ، ولا يحل الأخذ بمرسل».
قال القرطبي في «المفهم»: «الحديث الذي هو: «لا قود إلا بحديدة» ضعيفٌ عند المحدثين، لا يروى من طريق صحيح، ولأنَّ النهي عن المثلة نقول بموجبه إذا لم يمثل بالمقتول، فإذا مَثَّل به مثَّلنا به؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، ولحديث العُرَنِيِّين».

(٢) أخرجه البخاري (٦٨٧٩)، ومسلم (١٦٧٢).

٢٦٢٨ **وأَجْمَعُوا** عَلَى أَنَّ الْحَامِلَ إِذَا قَتَلَتْ عَمْدًا، أَنَّهُ لَا يُقَادُ مِنْهَا حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا(١).

٢٦٢٩ (**وَاخْتَلَفُوا** فِي الْقَاتِلِ بِالسُّمِّ:

وَالْجُمْهُورُ عَلَى وُجُوبِ الْقِصَاصِ(٢)[م/ ٢٧٤ظ].

وَقَالَ بَعْضُ أَهْلِ الظَّاهِرِ(٣): لَا يُقْتَصُّ مِنْهُ، مِنْ أَجْلِ أَنَّهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ سُمَّ هُوَ وَأَصْحَابُهُ(٤)، فَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِمَنْ سَمَّهُ.

۞ ۞ ۞

---

(١) حكى الإجماع: ابن المنذر في «الإجماع» (ص١٢١)، وابن قدامة في «المغني» (٩/ ٣٣٤).

(٢) «المبسوط» (٢٦/ ١٥٣)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٣٥)، «حاشية ابن عابدين» (٤/ ١٠١)، «المدونة» (٦/ ٤٣٣)، «البيان والتحصيل» (١٦/ ٦٢)، «مواهب الجليل» (٦/ ٢٤١)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ٢٤٤)، «الأم» (٣/ ١١٥)، «نهاية المحتاج» (٧/ ٢٥٤)، «أسنى المطالب» (٤/ ١٥٩)، «كشاف القناع» (٢/ ٧٦)، «المغني» (٧/ ٦٤٣).

(٣) «المحلى» (١٢/ ٤٤١).

(٤) أخرجه البخاري (٥١)، ومسلم (٢١٩٠).

الفهرس

الموضوع	الصفحة